

Rechtswirkungen verfassungsgerichtlicher Normenkontrollentscheidungen

Eine vergleichende Darstellung der Entscheidungswirkungen
des schweizerischen Bundesgerichts,
des deutschen Bundesverfassungsgerichts
und des österreichischen Verfassungsgerichtshofs

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

BARBARA EVA STREHLE

von Zürich und Schwändi GL

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Ulrich Häfelin

1981



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Rechtswirkungen verfassungsgerichtlicher Normenkontrollentscheidungen

Eine vergleichende Darstellung der Entscheidungswirkungen
des schweizerischen Bundesgerichts,
des deutschen Bundesverfassungsgerichts
und des österreichischen Verfassungsgerichtshofs

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

BARBARA EVA STREHLE

von Zürich und Schwändi GL

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Ulrich Häfelin

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 9. Juli 1980

Der Dekan:

Prof. Dr. G. Hauser

Die gleiche Arbeit ist im Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, erschienen als Heft 24 der Reihe

Zürcher Studien zum öffentlichen Recht

Herausgegeben von Mitgliedern der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich



INHALTSVERZEICHNIS

Literaturverzeichnis	VII
Abkürzungsverzeichnis	XII
Einleitung	XIII
1. Teil	
Die Normenkontrolle in der Schweiz, in der Bundesrepublik Deutschland und in Österreich	1
§ 1 Begriff und Wesen	1
§ 2 Zur rechtlichen Regelung der Normenkontrolle in den drei Ländern; ein Überblick	4
I. Verfassungsgerichtliche Normenkontrolle in der Schweiz	4
A. Formen	4
1. Abstrakte Normenkontrolle	4
2. Konkrete Normenkontrolle	6
B. Rechtsfolgen	7
1. Abweisung	7
2. Gutheissung	8
II. Verfassungsgerichtliche Normenkontrolle in der Bundesrepublik Deutschland	10
A. Formen	10
1. Abstrakte Normenkontrolle	10
2. Konkrete Normenkontrolle	13
B. Rechtsfolgen	15
III. Verfassungsgerichtliche Normenkontrolle in Österreich	17
A. Formen	17
1. Abstrakte Normenkontrolle	17
2. Konkrete Normenkontrolle	20
B. Rechtsfolgen	22
2. Teil	
Problematik der Rechtswirkungen verfassungsgerichtlicher Entscheidungen	25
§ 3 Natur und Arten der Rechtswirkungen verfassungsgerichtlicher Entscheidungen	25
I. Allgemeines	25
II. Die Rechtswirkungen im einzelnen	28
A. Formelle Rechtskraft	28
B. Bindungswirkung oder Feststellungswirkung	28
1. Materielle Rechtskraft	28
2. "Bindungswirkung"	28
3. "Gesetzeskraft"	29

IV

C. Vollstreckbarkeit	29
D. Gestaltungswirkung	29
III. Rechtsgrundlagen der Rechtswirkungen verfassungsgerichtlicher Entscheidungen; Verfahrensrecht und materielles Recht	30
IV. Wirksamkeitsbeginn verfassungsgerichtlicher Entscheidungen	31
§ 4 Wesen und Aufgabe verfassungsgerichtlicher Entscheidungen	32
I. Begriff und Wesen der Verfassungsgerichtsbarkeit	32
II. Formen der Verfassungsgerichtsbarkeit	34
III. Zur Ausgestaltung der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Schweiz, der Bundesrepublik Deutschland und Österreich aus vergleichender Sicht	35
§ 5 Intensität und Grenzen der Einwirkung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen auf die Rechtsordnung und die anderen Staatsorgane	40
Einleitung	40
I. Begriff und Wesen der Rechtsprechung, insbesondere der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung	41
II. Begriff und Wesen der Rechtsetzung	44
III. Zur Abgrenzung verfassungsgerichtlicher Rechtsprechung gegenüber der gesetzgebenden Gewalt. Verfassungsgerichtsbarkeit und Gewaltenteilung	45
Zusammenfassung 2. Teil	50
3. Teil	
Feststellungswirkung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen: Rechtskraft, "Bindungswirkung" und Gesetzeskraft	52
Einleitung	52
§ 6 Bindung der Parteien: materielle Rechtskraftwirkung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen	53
I. Begriff und Wesen der materiellen Rechtskraft	53
II. Materielle Rechtskraftfähigkeit verfassungsgerichtlicher Entscheidungen	55
A. Allgemeines	55
B. Materielle Rechtskraftfähigkeit der Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts	57
C. Materielle Rechtskraftfähigkeit der Entscheidungen des deutschen Bundesverfassungsgerichts	59
D. Materielle Rechtskraftfähigkeit der Entscheidungen des österreichischen Verfassungsgerichtshofs	60
III. Bindung der Behörden als "Parteien" in der entschiedenen Sache selbst	61
§ 7 Bindung des Gesetzgebers, der Gerichte und Behörden: "Bindungswirkung" verfassungsgerichtlicher Entscheidungen	64
I. Begriff und Wesen der "Bindungswirkung"	64
II. Umfang der "Bindungswirkung"	66

III.	Von der "Bindungswirkung" betroffene Organe	67
A.	Selbstbindung des Verfassungsgerichts	67
1.	Schweizerisches Bundesgericht	67
2.	Deutsches Bundesverfassungsgericht	68
3.	Österreichischer Verfassungsgerichtshof	69
B.	Bindung der Gerichte, Verwaltungsbehörden und Rechtsetzungsorgane an die verfassungsgerichtlichen Entscheidungen	70
1.	Schweiz	70
2.	Bundesrepublik Deutschland: "Bindungswirkung" gemäss § 31 Abs. 1 BVerfGG	72
3.	Österreich	75
§ 8	Bindung aller Rechtsunterworfenen: "Gesetzeskraft" der Entscheidung	76
I.	Wesen der Gesetzeskraft	76
II.	"Gesetzeskraft" von Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts, des deutschen Bundesverfassungsgerichtes und des österreichischen Verfassungsgerichtshofes	78
III.	Ergebnis	81
	Anhang	
§ 9	Vollstreckbarkeit verfassungsgerichtlicher Entscheidungen	82
I.	Allgemeines zur Vollstreckbarkeit verfassungsgerichtlicher Entscheidungen	82
II.	Vollstreckung der Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes	84
III.	Vollstreckung der Entscheidungen des deutschen Bundesverfassungsgerichtes	85
IV.	Vollstreckung der Entscheidungen des österreichischen Verfassungsgerichtshofes	88
	Zusammenfassung 3. Teil	89
4.	Teil	
	Gestaltungswirkung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen. Zur Aufhebung verfassungswidriger Rechtssetzungsakte	91
	Einleitung	91
§ 10	Zur Natur verfassungswidrigen Rechts. Anfechtbarkeit und Nichtigkeit	93
I.	Allgemeines	93
II.	Nichtigkeit und Anfechtbarkeit verfassungswidriger Erlasse in der Schweiz	94
A.	Allgemeines	94
B.	Die schweizerische Lehre von der Ipso-iure-Nichtigkeit generell-abstrakter Erlasse (insbesondere bundesrechtswidriger kantonaler Erlasse)	95
III.	Nichtigkeit und Anfechtbarkeit verfassungswidriger Erlasse in der Bundesrepublik Deutschland	99
IV.	Nichtigkeit und Anfechtbarkeit verfassungswidriger Erlasse in Österreich	101

§ 11	Rechtsfolgen normverwerfender Entscheidungen (zeitliche Wirkung – Entstehung rechtsleeren Raumes – Hinweise an den Gesetzgeber)	103
	Einleitung	103
I.	Nichtigerklärung verfassungswidriger Normen in der Bundesrepublik Deutschland. Problematik und Auswege	104
A.	Nichtigerklärung als Regel	104
B.	Verfassungswidrigerklärung (Unvereinbarerklärung) als Ausnahme vom Grundsatz der Nichtigerklärung	106
C.	“Appellentscheidung” (Hinweise an den Gesetzgeber)	113
II.	Aufhebung verfassungswidriger Erlasse in Österreich	117
A.	Allgemeines	117
B.	Zur Fristsetzung nach den Art. 139 Abs. 5 und 140 Abs. 5 B-VG	121
C.	Wiederaufleben früheren Rechts, das durch die verfassungswidrige Vorschrift ausser Kraft gesetzt wurde	124
D.	Abschliessende Bemerkungen zum österreichischen Konzept	125
III.	Feststellung der Verfassungswidrigkeit von Erlassen in der Schweiz	126
A.	Zum unterschiedlichen Wesen abstrakter und konkreter Normenkontrolle. Auswirkungen auf die Rechtswirkungen der Entscheidung	126
B.	Zur kassatorischen Natur bundesgerichtlicher Entscheidungen	128
C.	Vom Bundesgericht im abstrakten Normenkontrollverfahren für verfassungswidrig erkannte Normen	131
1.	Zeitpunkt der Aufhebung	131
2.	Aufschiebende Wirkung der Beschwerde anlässlich der abstrakten Normenkontrolle bei bereits in Kraft getretenen Erlassen	133
3.	Teilweise und sinngemässe Aufhebung verfassungswidriger Bestimmungen	134
D.	Vom Bundesgericht im konkreten Normenkontrollverfahren für verfassungswidrig erkannte Erlasse	138
1.	Allgemeines	138
2.	Wirkung der bundesgerichtlichen Entscheidung auf Parallelfälle	140
3.	Anwendbarkeit verfassungswidrigen Rechts. Vertrauensschutz und Legalitätsprinzip	142
E.	Bundesaufsicht als Kontrollmittel zur Abschaffung verfassungswidriger kantonaler Erlasse	143
F.	Entstehung und Überbrückung gesetzesleeren Raumes. Hinweise an den Gesetzgeber	145
G.	Vorschläge zur Aufnahme von Bestimmungen ins OG über die Rechtswirkungen bundesgerichtlicher Normenkontrollentscheidungen	150
	Zusammenfassung 4. Teil	151

LITERATURVERZEICHNIS

- Achterberg Norbert, Probleme der Funktionenlehre, München 1970
- Adamovich Ludwig, Handbuch des österreichischen Verfassungsrechts, 6. Aufl., Wien/New York 1971 (nach der von H. Spanner bearb. und erg. 5. Aufl. neu bearb. von L.K. Adamovich jr.)
- Antoniolli Walter, Verfassungsgerichtsbarkeit im Wandel der Zeit, ÖZöR 25 (1974), 197 ff.
- Arndt Adolf, Das Bundesverfassungsgericht, DVBl 66 (1951), 297 ff.
- Aubert Jean-François, Traité de droit constitutionnel suisse, 2 Bde., Neuenburg/Paris 1967
- Babel Gisela, Probleme der abstrakten Normenkontrolle (Schriften zum öffentlichen Recht, Bd. 25), Berlin 1965
- Bachof Otto, Grundgesetz und Richtermacht (Tübinger Universitätsreden Nr. 6), Tübingen 1959
- Bettermann Karl August, Das Gerichtsverfassungsrecht in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 92 (1967), 496 ff. (zit. Gerichtsverfassungsrecht)
- Die konkrete Normenkontrolle und sonstige Gerichtsvorlagen, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus Anlass des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, hrsg. von Christian Starck, 2 Bde. (Tübingen 1976), Bd. I, 323 ff. (zit. Normenkontrolle)
 - Zur Verfassungsbeschwerde gegen Gesetze und zum Rechtsschutz des Bürgers gegen Rechtssetzungsakte der öffentlichen Gewalt, AöR 86 (1961), 129 ff. (zit. Verfassungsbeschwerde)
- Biert Nicolo, Die Prüfung der Verfassungsmässigkeit der Gesetze durch den Richter, Diss. Bern 1933
- Birchmeier Wilhelm, Handbuch des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943, Zürich 1950
- Böckenförde Christoph, Die sogenannte Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze. Eine Untersuchung über Inhalt und Folgen der Rechtssatzkontrolle des Bundesverfassungsgerichts (Schriften zum öffentlichen Recht, Bd. 33), Berlin 1966
- Bonnard Claude, Problèmes relatifs au recours de droit public, ZSR NF 81/II (1962), 381 ff.
- Brunner Hans, Die Überprüfung der Rechtsverordnungen des Bundes auf ihre Verfassungs- und Gesetzmässigkeit, Diss. Bern 1953
- Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus Anlass des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, hrsg. von Christian Starck, 2 Bde., Tübingen 1976
- Burckhardt Walther, Methode und System des Rechts. Mit Beispielen, Zürich 1936 (Nachdruck Zürich 1971)
- Coester Robert, Die Rechtskraft der Staatsakte, München/Leipzig 1927
- Draht Martin, Die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Verfassungsgerichtsbarkeit, hrsg. von Peter Häberle (Darmstadt 1976), 161 ff. (Auszug aus dem gleichnamigen Aufsatz in: VVDStRL Heft 9 (1952), 17 ff.)
- Ebsen Ingwer, Gesetzesbindung und Richtigkeit der Entscheidung. Eine Untersuchung zur juristischen Methodenlehre, Berlin 1974
- Eichenberger Kurt, Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem (Abhandlungen zum schweizerischen Recht NF Heft 341), Bern 1960 (zit. Unabhängigkeit)
- Richterstaat und schweizerische Demokratie, ZSR NF 82/I (1963), 1 ff. (zit. Richterstaat)
- Engelhardt Dieter, Das richterliche Prüfungsrecht im modernen Verfassungsstaat. Eine vergleichende Untersuchung über die Nachprüfung allgemeiner Rechtsnormen durch die Gerichte, JöR NF 8 (1959), 101 ff.
- Engelmann Klaus, Verfahrensgrundsätze im Verfassungsprozessrecht, Diss. Marburg 1976
- Ermacora Felix, Die österreichische Verfassungsgerichtsbarkeit seit 1945, JöR NF 8 (1959), 49 ff. (zit. Verfassungsgerichtsbarkeit)
- Der Verfassungsgerichtshof, Graz/Wien/Köln 1956 (zit. Verfassungsgerichtshof)
- Esser Josef, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgarantien der richterlichen Entscheidungspraxis, 2. Aufl., Frankfurt a.M. 1972
- Fleiner Fritz, Die Prüfung der Verfassungsmässigkeit der Bundesgesetze durch den Richter, ZSR NF 53 (1934), 1a ff.

- Fleiner Fritz/Giacometti Zaccaria, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 1949 (Nachdruck Zürich 1965)
- Friesenhahn Ernst, Über Begriff und Arten der Rechtsprechung unter besonderer Berücksichtigung der Staatsgerichtsbarkeit nach dem Grundgesetz und den westdeutschen Landesverfassungen, in: Festschrift für Richard Thoma (Tübingen 1950), 21 ff. (zit. Rechtsprechung)
- Zum Inhalt und zur Wirkung von Entscheidungen des deutschen Bundesverfassungsgerichts, in: Scritti in Onore di Gaspare Ambrosini (Mailand 1970), Bd. I, 671 ff. (zit. Inhalt)
 - Zur richterlichen Kontrolle von Rechtsverordnungen nach dem Recht der Bundesrepublik Deutschland, in: Hundert Jahre Verfassungsgerichtsbarkeit, fünfzig Jahre Verfassungsgerichtshof in Österreich (Wien/Frankfurt 1968), 103 ff. (zit. Richterliche Kontrolle)
 - Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland. Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart, hrsg. vom Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (Köln/Berlin 1962), 89 ff. (zit. Verfassungsgerichtsbarkeit)
 - Wesen und Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, ZSR NF 73 (1954), 129 ff. (zit. Wesen und Grenzen)
- Geiger Willi, Gesetz über das Bundesverfassungsgericht vom 12. März 1951 (Kommentar), Berlin/Frankfurt a.M. 1952 (zit. Bundesverfassungsgericht)
- Die Grenzen der Bindung verfassungsrichterlicher Entscheidungen (§ 31 Abs. 1 BVerfGG), NJW 7 (1954), 1057 ff. (zit. Grenzen)
 - Zur Lage unserer Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Verfassungsgerichtsbarkeit, hrsg. von Peter Häberle (Darmstadt 1976), 446 ff. (Auszug aus dem gleichnamigen Aufsatz in: Festgabe für Theodor Maunz, München 1971, 117 ff.) (zit. Lage)
- Germann Oscar A., Präjudizielle Tragweite höchstinstanzlicher Urteile, insbesondere der Urteile des schweizerischen Bundesgerichts. Ein Beitrag zu den grundsätzlichen Fragen der Rechtsfindung, ZSR NF 68 (1949), 297 ff., 423 ff. (zit. Präjudizielle Tragweite)
- Probleme und Methoden der Rechtsfindung, Bern 1965 (zit. Probleme)
- Giacometti Zaccaria, Die Verfassungsgerichtsbarkeit des schweizerischen Bundesgerichtes (Die staatsrechtliche Beschwerde), Zürich 1933
- Guldener Max, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 1979
- Gygi Fritz, Mittelbare Verfassungsverletzung als Beschwerdegrund im staatsrechtlichen Beschwerdeverfahren, in: Der Staat als Aufgabe, Gedenkschrift für Max Imboden (Basel/Stuttgart 1972), 159 ff.
- Haak Volker, Normenkontrolle und verfassungskonforme Gesetzesauslegung des Richters, Bonn 1963
- Hagen Johann Josef, Allgemeine Verfahrenslehre und verfassungsgerichtliches Verfahren, München 1971 (zit. Verfahrenslehre)
- Elemente einer allgemeinen Prozesslehre. Ein Beitrag zur allgemeinen Verfahrenstheorie, Freiburg i.Br. 1972 (zit. Elemente)
- Haller Herbert, Zur Fristbemessung des Verfassungsgerichtshofes nach Art. 139 Abs. 2 und 140 Abs. 3 B-VG, ÖJZ 1974, 175 ff.
- Haller Walter, Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit?, ZSR NF I/97 (1978), 501 ff.
- Hengstschläger Johannes, Kundmachungsmangel und absolute Nichtigkeit von Gesetzen, in: Dimensionen des Rechts, Gedächtnisschrift für René Marcic (Berlin 1974), 759 ff.
- Henke Wilhelm, Verfassung, Gesetz und Richter (Das Normenkontrollverfahren), in: Der Staat 3 (1964), 433 ff.
- Herzog Roman, Die Vollstreckung von Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, in: Der Staat 4 (1965), 37 ff.
- Hoffmann Gerhard, Die Verwaltung und das verfassungswidrige Gesetz, JZ 1961, 193 ff.
- Hoffmann-Riem Wolfgang, Beharrung oder Innovation – Zur Bindungswirkung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen, in: Der Staat 13 (1974), 335 ff.
- Huber Hans, Die Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts als Verfassungsgerichtshof von 1945–1961, JöR NF 11 (1962), 43 ff. (zit. Rechtsprechung)
- Die Verfassungsbeschwerde (Vergleichende und kritische Betrachtungen) (Schriftenreihe "Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe" Heft 9), Karlsruhe 1954 (zit. Verfassungsbeschwerde)
- Huh Young, Probleme der konkreten Normenkontrolle (Schriften zum öffentlichen Recht, Bd. 171), Berlin 1971

- Imboden Max, Der nichtige Staatsakt, Habilitationsschrift Zürich 1944 (zit. Staatsakt)
- Normkontrolle und Norminterpretation, in: Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit, Festschrift für Hans Huber (Bern 1961), 133 ff. (zit. Normkontrolle)
 - Verfassungsgerichtsbarkeit in der Schweiz, in: M. Imboden, Staat und Recht, Ausgewählte Schriften und Vorträge (Basel/Stuttgart 1971), 257 ff. (auch in: Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart, hrsg. vom Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Köln/Berlin 1962, 506 ff.) (zit. Verfassungsgerichtsbarkeit)
- Ipsen Jörn, Richterrecht und Verfassung (Schriften zur Rechtstheorie, Bd. 40), Berlin 1975
- Kadenbach Ernst, Zur bindenden Wirkung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, AöR 80 (1955/56), 385 ff.
- Kafka Gustav E., Der gesetzgebende Richterspruch, Graz 1967
- Kägi Werner, Zur Entwicklung des schweizerischen Rechtsstaates seit 1848, ZSR NF 71/I (1952), 173 ff.
- Kaufmann Otto K., Verfassungsgerichtsbarkeit 1874 -1974–19..?, ZSR NF 93/I (1974), 339 ff.
- Kelsen Hans, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, in: VVDStRL Heft 5 (1929), 30 ff.
- Klecatsky Hans R., Das österreichische Bundesverfassungsrecht, 2 Bde., 2. Aufl., Wien 1973 (Ergänzungsband zu Bd. 1, Wien 1975)
- Kottusch Peter, Zum Verhältnis von Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit, Diss. Zürich 1973
- Kriele Martin, Theorie der Rechtsgewinnung entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation (Schriften zum öffentlichen Recht, Bd. 41), 2. Aufl., Berlin 1976
- Kunz Gregor, Ein allgemeines richterliches Prüfungsrecht gegen verfassungswidrige Gesetze in der Schweiz, Diss. Basel 1931 (Maschinenschrift)
- Küster Otto, Das Gewaltenproblem im modernen Staat, AöR 75 (1950), 26 ff.
- Larenz Karl, Über die Bindungswirkung von Präjudizien, in: Festschrift für Hans Schima (Wien 1969), 274 ff. (zit. Bindungswirkung)
- Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., Berlin/Heidelberg/New York 1975 (zit. Methodenlehre)
- Lechner Hans, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kurz-Kommentar, 2. Aufl., München/Berlin 1967
- Leibholz Gerhard/Rupprecht Reinhard, Bundesverfassungsgerichtsgesetz (Rechtsprechungskommentar), Köln 1968
- Marcic René, Verfassung und Verfassungsgericht, Wien 1963
- Marti Hans, Die staatsrechtliche Beschwerde, 4. Aufl., Basel/Stuttgart 1979
- Maunz Theodor/Sigloch Heinrich/Schmidt-Bleibtreu Bruno/Klein Franz, Bundesverfassungsgerichtsgesetz (Kommentar), München 1972
- Maunz Theodor/Dürig Günter/Herzog Roman/Scholz Ruppert, Grundgesetz (Kommentar), München 1961 ff.
- Maurer Hartmut, Rechtsschutz gegen Rechtsnormen, in: Tübinger Festschrift für Eduard Kern (Tübingen 1968), 275 ff. (zit. Rechtsschutz)
- Zur Verfassungswidrigerklärung von Gesetzen, in: Im Dienst an Recht und Staat, Festschrift für Werner Weber (Berlin 1974), 345 ff. (zit. Verfassungswidrigerklärung)
- Meier-Hayoz Arthur, Kommentar zu Art. 1 ZGB, in: Berner Kommentar zum ZGB, Einleitung Art. 1–10 ZGB (Bern 1962), 78 ff. (zit. Kommentar)
- Der Richter als Gesetzgeber, Zürich 1951 (zit. Richter)
- Melichar Erwin, Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich, in: Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart, hrsg. vom Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (Köln/Berlin 1962), 439 ff. (zit. Verfassungsgerichtsbarkeit)
- Verfassungsgerichtshof und Legislative, in: Dimensionen des Rechts. Gedächtnisschrift für René Marcic (Berlin 1974), 555 ff. (zit. Verfassungsgerichtshof)
- Mennicken Axel, Das Ziel der Gesetzesauslegung, Bad Homburg/Berlin/Zürich 1970
- Moench Christoph, Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle (Studien und Materialien zur Verfassungsgerichtsbarkeit, Bd. 8), Baden-Baden 1977
- Müller Friedrich, Juristische Methodik, Berlin 1971
- Nef Hans, Das akzessorische Prüfungsrecht, in: Mélanges Marcel Bridel (Lausanne 1968), 295 ff. (zit. Prüfungsrecht)

- Nef Hans, Sinn und Schutz verfassungsmässiger Gesetzgebung und rechtmässiger Verwaltung im Bunde, ZSR NF 69 (1950), 133a ff. (zit. Sinn und Schutz)
- Noll Peter, Gesetzgebungslehre, Reinbek bei Hamburg 1973
- Novak Richard, Die Fehlerhaftigkeit von Gesetzen und Verordnungen. Zugleich ein Beitrag zur Gesetzes- und Verordnungskontrolle durch den Verfassungsgerichtshof (Forschungen aus Staat und Recht, Bd. 5), Wien/New York 1967
- Ossenbühl Fritz, Die Bindung der Verwaltung an die höchstgerichtliche Rechtsprechung, AöR 92 (1967), 478 ff.
- Die österreichische Bundesverfassung. Das Bundesverfassungsgesetz mit Kommentar, die wichtigsten verfassungsrechtlichen Nebengesetze und Staatsverträge sowie einfachgesetzliche Durchführungsvorschriften des Bundes, hrsg. von Kurt Ringhofer, Wien 1977
- Panchaud André, Les garanties de la constitutionnalité et de la légalité en droit fédéral, ZSR NF 69 (1950), 1a ff.
- Pestalozza Christian, Die Geltung verfassungswidriger Gesetze, AöR 96 (1971), 27 ff. (zit. Geltung)
- "Noch verfassungsmässige" und "bloss verfassungswidrige" Rechtslagen, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus Anlass des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, hrsg. von Christian Starck, 2 Bde. (Tübingen 1976), Bd. I, 519 ff. (zit. Rechtslagen)
- Pierandrei Franco, Le decisioni degli organi della "giustizia costituzionale" (Natura, efficacia, esecuzione), Rivista Italiana per le scienze giuridiche 1954, 101 ff.
- Radek Erwin, Bestand und Verbindlichkeit verfassungsgerichtlicher Entscheidungen, Diss. Würzburg 1969
- Roellecke Gerd, Die Bindung des Richters an Gesetz und Verfassung, in: VVDStRL Heft 34 (1976), 7 ff. (zit. Bindung)
- Politik und Verfassungsgerichtsbarkeit (Über immanente Grenzen der richterlichen Gewalt des Bundesverfassungsgerichts), Diss. Freiburg 1960/61 (zit. Politik)
- Rosenberg Leo/Schwab Karl Heinz, Zivilprozessrecht (Kommentar), 12. Aufl., München 1977
- Rupp Hans G., Zur Bindungswirkung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, in: Tübinger Festschrift für Eduard Kern (Tübingen 1968), 403 ff.
- Rupp-von Brünneck Wiltraut, Darf das Bundesverfassungsgericht an den Gesetzgeber appellieren?, in: Festschrift für Gebhard Müller (Tübingen 1970), 355 ff. (zit. Bundesverfassungsgericht)
- Verfassungsgerichtsbarkeit und gesetzgebende Gewalt. Wechselseitiges Verhältnis zwischen Verfassungsgericht und Parlament, AöR 102 (1977), 1 ff. (zit. Verfassungsgerichtsbarkeit)
- Säcker Horst, Das Bundesverfassungsgericht, 2. Aufl., München 1977
- Schäffer Heinz, Die Exekution der Erkenntnisse des österreichischen Verfassungsgerichtshofes, ÖZöR 1968, 185 ff. (zit. Exekution)
- Verfassungsinterpretation in Österreich (Forschungen aus Staat und Recht, Bd. 18), Wien/New York 1971 (zit. Verfassungsinterpretation)
- Scherer Jürg, Die Verfassungsgerichtsbarkeit als Rechtsproblem und dessen staatspolitische Bedeutung in der Schweiz, Diss. Zürich 1937
- Schmidt Jörg R., Der Rechtscharakter der richterlichen Normenkontrolle, Diss. Mannheim 1968
- Schmidt-Bleibtreu Bruno/Klein Hans, Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl., Neuwied/Berlin 1973
- Schneider Hans, Der Gegenstand der Normenkontrolle, in: Festschrift für Hermann Jahrreiss (Köln 1964), 385 ff.
- Schneider Hans Peter, Richterrecht, Gesetzesrecht und Verfassungsrecht, Frankfurt a.M. 1969
- Schneider Peter, Zur Problematik der Gewaltentrennung im Rechtsstaat der Gegenwart, AöR 82 (1957), 1 ff.
- Schreiber Werner, Die Reform der Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich, Diss. Graz 1974
- Schuler Andrea Hans, Die Verfassungsbeschwerde in der Schweiz, der Bundesrepublik Deutschland und Österreich, Diss. Zürich 1968 (gekürzt in: JöR NF 19 (1970), 129 ff.)
- Skouris W., Teilnichtigkeit von Gesetzen (Schriften zum öffentlichen Recht, Bd. 215), Berlin 1973

- Söhn Hartmut, Die abstrakte Normenkontrolle, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus Anlass des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, hrsg. von Christian Starck, 2 Bde. (Tübingen 1976), Bd. I, 292 ff. (zit. Normenkontrolle)
- Anwendungspflicht oder Aussetzungspflicht bei festgestellter Verfassungswidrigkeit von Gesetzen, Frankfurt a.M. 1974 (zit. Anwendungspflicht)
- Spanner Hans, Aufgaben und Stil der deutschen und österreichischen Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Hundert Jahre Verfassungsgerichtsbarkeit, fünfzig Jahre Verfassungsgerichtshof in Österreich (Wien/Frankfurt 1968), 143 ff. (zit. Aufgaben und Stil)
- Das Bundesverfassungsgericht. Einrichtung, Verfahren, Aufgaben unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Gerichts, München 1972 (zit. Bundesverfassungsgericht)
- Stahl Rainer, Die Bindung der Staatsgewalten an die höchststrichterliche Rechtsprechung. Eine rechtstheoretische Untersuchung auf Grundlage des Bonner Grundgesetzes (Europäische Hochschulschriften, Reihe II – Rechtswissenschaft Nr. 70), Bern/Frankfurt 1973
- Starck Christian, Die Bindung des Richters an Gesetz und Verfassung, in: VVDStRL Heft 34 (1976), 43 ff.
- Stein Friedrich/Jonas Martin, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 19. Aufl., Tübingen 1975 (20. Aufl., Tübingen 1977, teilweise erschienen für die §§ 38–127a und 592 ff.)
- Steiner Udo, Wirkung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts auf rechtskräftige und unanfechtbare Entscheidungen (§ 79 BVerfGG), in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus Anlass des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, hrsg. von Christian Starck, 2 Bde. (Tübingen 1976), Bd. I, 628 ff.
- Stern Klaus, Das Bundesverfassungsgericht und die sog. konkrete Normenkontrolle nach Art. 100 Abs. 1 GG, AöR 91 (1966), 223 ff.
- Triepel Heinrich, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, in: Verfassungsgerichtsbarkeit, hrsg. von Peter Häberle (Darmstadt 1976), 46 ff. (auch in: VVDStRL Heft 5 (1929), 2 ff.)
- Verfassungsgerichtsbarkeit, hrsg. von Peter Häberle, Darmstadt 1976
- Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart, Länderberichte und Rechtsvergleichung, hrsg. vom Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Köln/Berlin 1962
- Vezanis Demetrius, Kritik der Gewaltenteilungslehre, ÖZöR 1964, 282 ff.
- Vogel Klaus, Rechtskraft und Gesetzeskraft der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus Anlass des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, hrsg. von Christian Starck, 2 Bde. (Tübingen 1976), Bd. I, 568 ff.
- Walter Robert, Die Neuregelung der Verwaltungs- und Gesetzesprüfung, in: Mayer/Rill/Funk/Walter, Neuerungen im Verfassungsrecht (Wien 1976), 79 ff. (zit. Neuerungen)
- Österreichisches Bundesverfassungsrecht. System, Wien 1972 (zit. Bundesverfassungsrecht)
 - Verfassung und Gerichtsbarkeit, Wien 1960 (zit. Verfassung)
- Zippelius Reinhold, Verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus Anlass des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, hrsg. von Christian Starck, 2 Bde. (Tübingen 1976), Bd. II, 108 ff.
- Zweigert Konrad, Einige rechtsvergleichende und kritische Bemerkungen zur Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus Anlass des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, hrsg. von Christian Starck, 2 Bde. (Tübingen 1976), Bd. I, 63 ff.

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
AS	Amtliche Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen, ab 1948 Sammlung der eidgenössischen Gesetze
BB1	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft
BGB1	(Deutsches bzw. österreichisches) Bundesgesetzblatt
BGE	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts, amtliche Sammlung
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BV	Bundesverfassung für die Schweizerische Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874
BVerfGE	Bundesverfassungsgerichtsentscheid
BVerfGG	Bundesverfassungsgerichtsgesetz vom 12. März 1951
B-VG	Bundes-Verfassungsgesetz für die Republik Österreich vom 10. November 1920
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DVB1	Deutsches Verwaltungsblatt
E	Erwägung
Erk.Slg.	Erkenntnis-Sammlung
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949
JB1	Juristische Blätter
JöR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts
JZ	(Deutsche) Juristenzeitung
N	Note
NF	Neue Folge
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OG	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege (Organisationsgesetz) vom 16. Dezember 1943
ÖJZ	Österreichische Juristenzeitung
ÖZöR	Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
VfGG	Verfassungsgerichtshofgesetz vom 12. Mai 1953
VVDStRL	Veröffentlichung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
zit.	zitiert
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht

EINLEITUNG

“... c'est une expérience éternelle que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser; il va jusqu'à ce qu'il trouve des limites.”

(Montesquieu, *De l'Esprit des Lois*,
11. Buch IV. Kapitel)

Dieses Wort hat Montesquieu wohl zuletzt für die richterliche Gewalt geschrieben, die er im VI. Kapitel des 11. Buches über die englische Verfassung im “*Esprit des Lois*” “la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur” genannt hat. In der heutigen Zeit verfügt der Verfassungsrichter jedoch insbesondere in Deutschland und in Österreich über erhebliche Kompetenzen, so dass sich das eingangs zitierte Wort Montesquiens wohl ebensogut auf die verfassungsrichterliche Gewalt anwenden liesse. Gestützt auf rechtsstaatliches Gedankengut haben Österreich und Deutschland ein beinahe vollkommenes Institut der Verfassungsgerichtsbarkeit geschaffen; gestützt auf rechtsstaatliches Gedankengut werden aber auch Bedenken laut, der Richter missbrauche seine Macht und erhebe sich zum Gesetzgeber. Die Verfassungsgerichtsbarkeit ist als höchstrichterliche Rechtsprechung der Gefahr einer Verpolitisierung der Justiz am meisten ausgesetzt. In der Schweiz ist gerade auch aus diesem Grunde stets ein ausgeprägtes Misstrauen gegen einen Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit spürbar. Die schweizerische Verfassungsgerichtsbarkeit unterscheidet sich von derjenigen der anderen beiden Länder insbesondere dadurch, dass sie vorwiegend das Verhältnis zwischen Bund und Kanton zum Gegenstand hat. Gleichwohl gibt es bei der Betrachtung der Verfassungsgerichtsbarkeit in den drei Ländern, insbesondere der Rechtswirkungen ihrer Entscheidungen, viele Berührungspunkte. Überdies könnte sich für die Schweiz ein Vergleich mit der Verfassungsgerichtsbarkeit der anderen beiden Länder im Hinblick auf einen Ausbau der Normenkontrolle und ihrer rechtlichen Wirkungen fruchtbar erweisen.

Der Schwerpunkt der vorliegenden Arbeit wird stets auf den Rechtswirkungen normverwerfender Entscheidungen liegen, weil diese mit den einschneidendsten Sanktionen behaftet sind. Für die Betrachtung der schweizerischen Lösung steht daher die staatsrechtliche Beschwerde, mit der eine generelle Norm direkt oder indirekt angefochten wird, im Vordergrund. Sie stellt den Kern der schweizerischen Verfassungsgerichtsbarkeit dar. Bei den Entscheidungswirkungen des deutschen Bundesverfassungsgerichts und des österreichischen Verfassungsgerichtshofs geht es in der vorliegenden Arbeit nicht um eine umfassende Darstellung und Kritik; zu diesem Thema gibt es in den beiden Ländern bereits ein umfangreiches

Schrifttum. Es sollen vielmehr im Hinblick auf die schweizerische Lösung Vor- und Nachteile sowie gemeinsame Probleme der Rechtswirkungen verfassungsgerichtlicher Entscheidungen aufgezeigt werden. Bei der vorliegenden Arbeit steht zudem nicht die Ausgestaltung verfassungsgerichtlicher Kontrolle an sich, auch nicht der Ausbau verfassungsgerichtlicher Kontrolle in der Schweiz, nicht die Regelung von Anfechtungsobjekt, Prüfungsobjekt und Prüfungsbefugnis, sondern die Wirkung der verfassungsgerichtlichen Entscheidung auf die Verfassungsorgane und auf alle Rechtsunterworfenen schlechthin sowie die durch die verfassungsgerichtliche Entscheidung bewirkte Änderung der Rechtslage im Vordergrund.

In einem ersten Teil der Arbeit wird vorerst ein kurzer Abriss über die Normenkontrolle im allgemeinen und deren Ausgestaltung in den drei Ländern gegeben.

Im zweiten Teil der Arbeit wird versucht, die Rechtswirkungen verfassungsgerichtlicher Entscheidungen in ihrer Gesamtheit zu erfassen und zu ordnen, um dann in der Folge auf ihre grundsätzliche Problematik einzugehen. Dabei wird die Stellung der verfassungsrichterlichen Gewalt innerhalb der Staatsfunktionen zu ermitteln sein. Es gilt, dem besonderen Wesen höchstrichterlicher Rechtsprechung, die sich mit der Auslegung und Fortbildung der Verfassung beschäftigt, Rechnung zu tragen und die rechtsprechende Gewalt gegenüber der rechtsetzenden abzugrenzen.

Der dritte Teil der Arbeit befasst sich mit den Rechtswirkungen der Entscheidung auf die Verfassungsorgane und auf alle Rechtsunterworfenen schlechthin. Er beinhaltet die sogenannte Feststellungs- oder Bindungswirkung von Entscheidungen und will den Kreis der an die Entscheidung gebundenen Organe und Personen ermitteln. Dabei wird sich die Rechtsgrundlage mehr und mehr vom Prozessrecht zum materiellen Recht verschieben, je offener der Kreis der an die Entscheidung gebundenen Organe und Personen wird. Es folgt am Schluss des zweiten Teils ein Anhang zur Vollstreckung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen.

Der vierte Teil ist der wichtigste Teil der Arbeit. Er enthält die Gestaltungswirkungen verfassungsgerichtlicher Entscheidungen und befasst sich mit dem Einfluss der Entscheidung auf die Rechtsordnung sowie mit dem Schicksal der als verfassungswidrig erkannten Norm. In der Aufhebung verfassungswidriger Rechtsnormen durch den Richter liegt denn auch die grösste Problematik verfassungsrichterlicher Entscheidungen. Am Anfang dieses Teils stehen Überlegungen über die Natur verfassungswidrigen Rechts. Besonderes Gewicht wird schliesslich auf den zeitlichen Wirkungen verfassungsgerichtlicher Entscheidungen, auf der Überbrückung rechtsleeren Raumes nach der normverwerfenden Entscheidung sowie auf der Wiederherstellung der verfassungsmässigen Rechtslage liegen.

Herrn Prof. Dr. Ulrich Häfelin danke ich für die Anregung zur Themenwahl und die grosse Unterstützung, die er mir bei dieser Arbeit zukommen liess.

1. TEIL

Die Normenkontrolle in der Schweiz,
in der Bundesrepublik Deutschland und in Österreich

§ 1 Begriff und Wesen

Verfassungsgerichtliche Normenkontrolle ist die Überprüfung allgemeiner Rechtsnormen auf ihre Übereinstimmung mit der Verfassung durch den Verfassungsrichter. Sie ist verfassungsgerichtliche Entscheidung über die inhaltliche oder formelle Vereinbarkeit von Rechtssätzen mit der Verfassung¹.

Zum rechtsstaatlichen Prinzip gehört nicht nur eine spezifische Technik der Rechtserzeugung, sondern auch der Vernichtung verfassungswidrigen Rechts. Denn im Rechtsstaat sollen alle staatlichen Hoheitsakte auf einem Gesetz und letztlich auf der Verfassung beruhen, wobei auch eine Gewähr dafür bestehen muss, dass nur solche Akte in ihrer rechtlichen Existenz gesichert sind, die mit den sie bedingenden Erlassen höherer Stufe übereinstimmen².

Alle höheren Staatsorgane können Normenkontrolle ausüben. Die Garantiefunktion der Verfassung kann jedoch der Richter am wirksamsten übernehmen. Das Verhältnis von Verfassung und Gesetz bildet denn auch den Kern der Verfassungsgerichtsbarkeit.

Alle Rechtsnormen müssen auf dem von anderen, schon bestehenden Rechtsnormen vorgesehenen Weg zustande kommen. Die Regeln für die Entstehung von Rechtsnormen sind nicht nur durch verfassungsrechtliche, sondern auch durch einfachgesetzliche Bestimmungen umschrieben. In beiden Fällen spricht man vom Erfordernis der *formellen Verfassungsmässigkeit* von Rechtserlassen³. Die Erzeugungsbedingungen für Rechtsnormen sind nicht nur in der Verfassung im formellen Sinn, sondern auch in der Verfassung im materiellen Sinn niedergelegt⁴. Zur Verfassung im materiellen Sinn gehören ihres Inhalts wegen auch Normen über die Organisation und Kompetenzen der obersten Verwaltungs- und Justizorgane sowie grundsätzliche Verfahrensvorschriften. Neben der Verfassung bestimmen formelle Gesetze in der Regel das Verfahren für das Zustandekommen von Gesetzen, so dass beide Gesetze, bedingendes und bedingtes, auf die gleiche Stufe zu stehen

1 Vgl. Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart 727; Böckenförde 14; siehe auch hinten S. 32–34.

2 M. Welan/G. Winkler, Die Normenkontrolle und ihr Ausbau, ÖJZ 1967, 646 ff. (648); siehe auch Erk.Slg. 2929/1955 sowie Adamovich 101.

3 Fleiner 34a; Fleiner/Giacometti 894; Imboden (Verfassungsgerichtsbarkeit) 265.

4 Fleiner/Giacometti (21) stellen die Verfassung im relativ materiellen Sinn der Verfassung im absolut materiellen Sinn gegenüber; vgl. auch Aubert No. 247 f., er gibt eine weite und eine enge Umschreibung des materiellen Verfassungsbegriffs.

kommen⁵. Gleichwohl begründet die Verletzung von einfachen Gesetzesregeln über das Zustandekommen eine formelle Verfassungswidrigkeit. Die formelle Verfassungswidrigkeit kann somit auch in der Verletzung materiellen Verfassungsrechtes begründet liegen. Österreich lässt jedoch als Prüfungsmaßstab für die Normenkontrolle nach Art. 140 B-VG nur die Verfassungsnormen im formellen Sinn zu⁶. Die formelle Verfassungswidrigkeit gibt selten Anlass zu einem verfassungsgerichtlichen Verfahren⁷. Sogenannte Scheingesetze, "Nicht-Rechtsnormen" oder "Nicht-Staatsakte", sind meist wegen offensichtlicher formeller Verfassungswidrigkeit gar keine Rechtsnormen⁸.

In der Regel liegt die Verfassungswidrigkeit in der Verletzung materiellrechtlicher Normen der Verfassung begründet. Mit "Verfassungswidrigkeit" ist fast immer die *materielle Verfassungswidrigkeit* gemeint. Ein Erlass ist materiell verfassungswidrig, wenn sein Inhalt direkt oder indirekt dem Inhalt einer Verfassungsbestimmung widerspricht⁹. Auch für die materielle Verfassungswidrigkeit ist der materielle Verfassungsbegriff massgebend. Dazu gehören auch die ungeschriebenen Verfassungsgrundsätze, wie beispielsweise in der Schweiz das Prinzip der Gewaltentrennung¹⁰, die persönliche Freiheit¹¹ und die Versammlungsfreiheit¹².

Die materielle Verfassungswidrigkeit einer Norm ist manchmal nicht sogleich erkennbar. Es bedarf oft erst der Anwendung der verfassungswidrigen Norm auf den konkreten Fall. Es gibt Normen, deren Verfassungswidrigkeit erst nach zwanzig Jahren oder mehr erkannt worden ist; dabei können natürlich auch zeitliche Veränderungen die Verfassungswidrigkeit erst bewirkt haben¹³. Es ist auch denkbar, dass es erst später zu einem Verfahren vor dem Verfassungsgericht kommt, weil der Rechtsstreit nicht früher an den Verfassungsrichter herangetragen wird.

5 Vgl. z.B. für die Schweiz das Geschäftsverkehrsgesetz (Bundesgesetz über den Geschäftsverkehr der Bundesversammlung sowie über die Form, die Bekanntmachung und das Inkrafttreten ihrer Erlasse vom 23. März 1962, AS 1962, 773 ff. = SR 171.11). Beim schweizerischen Geschäftsverkehrsgesetz stellt sich auch die Frage, inwieweit der Gesetzgeber berechtigt war, durch ein formelles Gesetz verfassungsrechtliche Begriffe wie "Rechtssetzung" zu umschreiben; vgl. hiezu Aubert No. 1120; Amtliches (stenographisches) Bulletin der Bundesversammlung, Nationalrat, 1961, 254 f.

6 Schreiber 46, Novak 25.

7 Als Beispiel für formelle Verfassungsverletzungen siehe BGE 25 I 84, 34 I 325; die häufigsten formell verfassungswidrigen generellen Erlasse sind Verordnungen, die der gesetzlichen Grundlage entbehren; vgl. z.B. BGE 103 Ia 242 ff., 97 I 676. Bei der mangelhaften gesetzlichen Deckung einer Verordnung bedingt jedoch nach G. Holzinger (Kompetenzfragen des Wappenschutzes, ÖJZ 1977, 145) der Mangel notwendig sowohl eine formelle – in Ansehung der Kompetenzwidrigkeit – wie auch eine materielle – hinsichtlich der mangelnden inhaltlichen Deckung – Fehlerhaftigkeit der Verordnung.

8 Z.B. "Rechtsnormen", die nicht von einem Staatsorgan erlassen worden sind.

9 Vgl. auch Fleiner 21a.

10 BGE 103 Ia 242 ff.; 98 Ia 105, 112, 281; 97 I 344, 676.

11 BGE 102 Ia 279; 98 Ia 98, 307, 409, 508; 97 I 45, 839.

12 BGE 102 Ia 50; 97 I 911.

13 In BGE 97 I 629 wurde ein Gesetz erst nach 50 Jahren wegen materieller Verfassungswidrigkeit indirekt angefochten und dessen partielle Verfassungswidrigkeit festgestellt. Es fragt sich hier, inwieweit es in einem solchen Fall nicht Aufgabe des Gesetzgebers wäre, das Gesetz zu ändern, ohne dass es vom Verfassungsrichter für verfassungswidrig erkannt würde.

Die Unterscheidung von formeller und materieller Verfassungswidrigkeit ist keineswegs reine Begriffsspielerei. So dürfen z.B. die unteren Gerichte in Österreich Gesetze nur auf ihre gehörige Kundmachung überprüfen (Art. 89 Abs. 1 B-VG).

Man unterscheidet bei der Normenkontrolle zwischen *abstrakter und konkreter Normenkontrolle*¹⁴. Die konkrete Normenkontrolle wird durch die Anfechtung eines individuell-konkreten Hoheitsaktes ausgelöst, wobei geltend gemacht wird, der Hoheitsakt beruhe auf einer verfassungswidrigen generellen Norm, worauf diese Norm selbst auf ihre Verfassungsmässigkeit geprüft wird. Bei der abstrakten Normenkontrolle wird der Antrag zur Überprüfung eines Erlasses auf seine Verfassungsmässigkeit unabhängig von einem konkreten Rechtsanwendungsakt und dessen Überprüfung gestellt; die Stellung des Verfassungsrichters als Hüter der Verfassung kommt daher bei der abstrakten Normenkontrolle am deutlichsten zum Ausdruck¹⁵.

Verschiedene Autoren¹⁶ haben angeregt, die Unterscheidung von abstrakter und konkreter Normenkontrolle fallenzulassen, da es sich in beiden Verfahren um die gleiche Tätigkeit, nämlich um die richterliche Überprüfung der Verfassungsmässigkeit von Rechtssätzen, handle. Die Kontrolle sei immer gleichartig, nicht einmal abstrakt und einmal konkret. Das mag vielleicht für die Bundesrepublik Deutschland zutreffen, hingegen lässt sich die Zweiteilung für die schweizerischen Verhältnisse durchaus noch rechtfertigen, gibt es doch bei abstrakter und konkreter Normenkontrolle Unterschiede hinsichtlich der Prüfungsbefugnis, der Kognitionsbefugnis und der Rechtswirkungen auf die verfassungswidrige Norm selbst usw.¹⁷. Klarer wäre es allerdings, von direkter und indirekter Anfechtung einer Rechtsnorm wegen Verfassungswidrigkeit zu sprechen. Die Normenkontrolle ist in der Schweiz beispielsweise abstrakt, wenn eine kantonale Rechtsnorm durch staatsrechtliche Beschwerde innert dreissig Tagen nach ihrem Inkrafttreten direkt angefochten wird, ohne dass gestützt auf sie bereits eine Verfügung oder Entscheidung ergangen wäre. Demgegenüber rechtfertigt es sich, in der Schweiz bei der indirekten Anfechtung einer Norm durch staatsrechtliche Beschwerde von "konkreter" Normenkontrolle zu sprechen; dann prüft das Bundesgericht nur, ob in der betreffenden Anwendung der Norm durch den Hoheitsakt eine vom Beschwerdeführer geltend gemachte Verfassungswidrigkeit liegt, ohne dass es die Norm umfassend, d.h. "abstrakt", auf ihre Verfassungsmässigkeit hin prüft.

Die Normenkontrolle kann *präventiver oder repressiver Natur* sein, je nachdem, ob die Norm vor oder nach ihrem Inkrafttreten geprüft wird. Die verfassungsgerichtliche Normenkontrolle ist in allen Ländern fast ausschliesslich repressiv¹⁸. In Österreich gibt es in Art. 138 Abs. 2 B-VG Ansätze zu einer präventiven Normenkontrolle.

14 Henke 433; Friesenhahn (Wesen und Grenzen) 137 f.

15 Spanner (Bundesverfassungsgericht) 92.

16 Siehe Böckenförde 18 und dortige Hinweise.

17 Vgl. hinten S. 126 ff.

18 Vgl. hinten S. 4 ff.

In der Bundesrepublik Deutschland bestand früher die Möglichkeit der präventiven Normenkontrolle¹⁹.

Die Normenkontrolle durchdringt fast alle verfassungsgerichtlichen Verfahren und gehört zum Wesen der Verfassungsgerichtsbarkeit selbst. Sie braucht nicht in einem selbständigen Verfahren durchgeführt zu werden, auch das Verfassungsbeschwerdeverfahren und die Kompetenzstreitigkeiten können Normenkontrolle beinhalten. Die Normenkontrolle dient zugleich dem Schutz der Verfassungsrechtsordnung, der Garantie der verfassungsmässigen Rechte des einzelnen und der Schaffung von Rechtsgewissheit²⁰.

§ 2 Zur rechtlichen Regelung der Normenkontrolle in den drei Ländern; ein Überblick

I. Verfassungsgerichtliche Normenkontrolle in der Schweiz

A. Formen

1. Abstrakte Normenkontrolle

Das Bundesgericht urteilt nach Art. 113 Abs. 1 BV in Verbindung mit Art. 83 und 84 OG über Streitigkeiten zwischen Bund und Kantonen sowie über Beschwerden wegen Verletzung verfassungsmässiger Rechte der Bürger. In beiden Verfahren kann das Bundesgericht direkt generelle Rechtsnormen auf ihre Verfassungsmässigkeit hin überprüfen.

Auf *staatsrechtliche Klage* hin prüft es bei einem Kompetenzkonflikt zwischen dem Bund und einem Kanton (Art. 113 Abs. 1 Ziff. 1 BV, Art. 83 lit. a OG) generelle Erlasse des Bundes oder eines Kantons auf ihre Verfassungsmässigkeit, insbesondere auf die Übereinstimmung mit den verfassungsrechtlichen Kompetenzartikeln der Bundesverfassung. Allerdings läuft die bundesgerichtliche Kontrolle mehr oder weniger auf eine einseitige Kontrolle hinaus, denn nach Art. 113 Abs. 3 BV sind die von der Bundesversammlung erlassenen Gesetze und allgemeinverbindlichen Bundesbeschlüsse sowie die von ihr genehmigten Staatsverträge für das Bundesgericht massgebend, d.h. unüberprüfbar. Art. 113 Abs. 3 BV schwächt damit auch die Durchsetzbarkeit der föderalistischen Staatsstruktur.

¹⁹ Siehe Friesenhahn (Verfassungsgerichtsbarkeit) 45 ff.; nach § 97 BVerfGG, der mit dem Gesetz vom 21. Juli 1956 gestrichen wurde, konnten der Bundespräsident allein sowie Bundestag, Bundesrat und Bundesregierung gemeinsam das Plenum des Bundesverfassungsgerichts um die Erstattung eines Rechtsgutachtens über eine bestimmte verfassungsrechtliche Frage ersuchen.

²⁰ Vgl. auch allgemein Babel.

Weitaus von grösster Bedeutung für die abstrakte Normenkontrolle ist das *staatsrechtliche Beschwerdeverfahren*. Wegen der kurzen Anfechtungsfrist von dreissig Tagen seit der Veröffentlichung der Norm (Art. 89 Abs. 1 OG)¹ wird ein Erlass jedoch meist nicht direkt, sondern indirekt im Zusammenhang mit der Anfechtung eines individuell-konkreten Hoheitsaktes angefochten. Mit der staatsrechtlichen Beschwerde nach Art. 113 Abs. 1 Ziff. 3 BV und Art. 84 OG macht der Beschwerdeführer geltend, er werde in verfassungsmässig garantierten Rechten verletzt (Art. 84 lit. a OG)².

Die Beschwerde richtet sich bei der abstrakten Normenkontrolle direkt gegen die generelle Norm. Mit der staatsrechtlichen Beschwerde können gemäss Art. 84 Abs. 1 OG nur kantonale Hoheitsakte angefochten werden. Gegenstand der abstrakten Normenkontrolle ist somit *nur ein kantonaler Erlass*³. Fast alle kantonalen generellen Erlasse können auf ihre Verfassungsmässigkeit überprüft werden, Gesetze, Dekrete und Verordnungen (des Parlamentes wie der Regierung). Nur Verfassungsbestimmungen können nicht angefochten werden⁴, denn sie sind nach der Meinung des Bundesgerichts nicht auf ihre Übereinstimmung mit der Bundesverfassung überprüfbar, weil die Bundesversammlung sie bereits genehmigt hat. Für diese Rechtsauffassung des Bundesgerichtes gibt es keine Rechtsgrundlage; das Bundesgericht weicht jedoch nicht mehr von diesem erstmals in BGE 83 I 173 ff. geäusserten Grundsatz ab⁵.

Zur Beschwerde legitimiert ist jeder, der von der umstrittenen Norm virtuell betroffen ist, d.h. jeder, auf den der Erlass theoretisch einmal angewandt werden könnte⁶. Dabei muss der Beschwerdeführer ein rechtlich erhebliches Interesse geltend machen; dieses ist aus der Natur der angefochtenen Rechtsnorm ersichtlich. Es ist vorhanden, "wenn die in Frage stehenden Vorschriften zum Schutze der einzelnen Bürger aufgestellt sind, bzw. ihnen einen Rechtsanspruch einräumen, nicht aber, wenn sie bloss organisatorischer Natur, also bloss im öffentlichen Interesse

1 Bei den dem fakultativen Referendum unterstehenden Erlassen beginnt die 30tägige Beschwerdefrist, wenn das Referendum nicht ergriffen wird, mit der amtlichen Bekanntmachung, dass der (bereits publizierte) Erlass infolge des Ablaufs der Referendumsfrist zustande gekommen sei bzw. auf einen bestimmten Termin in Kraft trete (BGE 103 Ia 193 f.). Wenn eine Volksabstimmung stattgefunden hat, kann der Erlass auch schon innert 30 Tagen nach der Abstimmung angefochten werden, auch wenn er noch nicht in Kraft steht (z.B. BGE 98 Ia 204).

2 Zum Begriff der verfassungsmässigen Rechte siehe z.B. BGE 104 Ia 286 ff. E 2b.

3 Auch bei der Anfechtung genereller Erlasse müssen zuerst die kantonalen Rechtsmittelinstanzen durchlaufen werden, wenn ein Erlass in einem kantonalen Normenkontrollverfahren geprüft werden kann; sonst tritt das Bundesgericht auf die Beschwerde nicht ein (BGE 103 Ia 360 ff. E 1a).

4 Diese dürfen auch bei der indirekten Anfechtung nicht überprüft werden.

5 Dabei wird jedoch übersehen, dass das Gewährleistungsverfahren durch die Bundesversammlung nur vorläufigen Charakter und nicht Wirkung *inter omnes* hat. Das Parlament kann die Tragweite jeder einzelnen Norm kaum voraussehen. Aubert No. 1658, 585; Fleiner/Giacometti 888 f. Anm. 36; R. Cereghetti, Die Überprüfung der Kantonsverfassungen durch die Bundesversammlung und das Bundesgericht, Diss. Bern 1946.

6 BGE 98 Ia 108; vgl. auch 103 Ia 369 ff. E 1.

aufgestellt worden sind”⁷. Bei Verletzung des Gewaltenteilungsprinzips sind zusätzlich alle Stimmberechtigten legitimiert⁸. Durch den grossen Kreis der zur Anfechtung Berechtigten nähert sich die staatsrechtliche Beschwerde bei der direkten Anfechtung einer Norm einer Popularbeschwerde. Damit hat eine Minderheit im Staate ein Mittel in der Hand, um sich gegen Übergriffe der Mehrheit zur Wehr zu setzen⁹.

Wenn der abstrakten Normenkontrolle in der Schweiz trotzdem keine grosse Bedeutung zukommt, so ist dies der kurzen Anfechtungsfrist, der engen Prüfungsbefugnis¹⁰ sowie der Beschränkung des Anfechtungsobjektes zuzuschreiben.

Die Normenkontrolle ist fast ausschliesslich repressiv. Nur ausnahmsweise hat die bundesgerichtliche Rechtsprechung präventiven Charakter: Auf staatsrechtliche Klage hin kann das Bundesgericht schon im voraus eine verfassungsrechtlich fragwürdige Initiative oder eine umstrittene Kompetenz abklären¹¹. Ausserdem kann ein nach einer Volksabstimmung angefochtener Akt in seiner Anwendung suspendiert werden, wenn er vor dem Inkrafttreten durch staatsrechtliche Beschwerde angefochten worden ist (Art. 94 OG).

2. Konkrete Normenkontrolle

Die Verfassungsmässigkeit einer Norm kann durch staatsrechtliche Beschwerde auch indirekt angefochten werden, indem geltend gemacht wird, ein individuell-konkreter kantonaler Hoheitsakt beruhe auf einer verfassungswidrigen Norm. Hierbei können auch Bundeserlasse, welche nicht Bundesgesetz, allgemeinverbindlicher Bundesbeschluss oder Staatsvertrag sind (Art. 113 Abs. 3 BV), auf ihre Verfassungsmässigkeit überprüft werden, da gemäss Art. 84 Abs. 1 OG ja nur das Anfechtungs- und nicht auch das Prüfungsobjekt auf kantonale Erlasse beschränkt ist.

Zur Beschwerde legitimiert ist, wer persönlich durch den angefochtenen individuell-konkreten Hoheitsakt einen Nachteil erlitten hat (Art. 88 OG).

Die Beschwerdefrist beträgt dreissig Tage seit Eröffnung oder Mitteilung des Erlasses (Art. 89 Abs. 1 OG).

Das Bundesgericht ist nur befugt, zu überprüfen, ob die fragliche Norm so, wie sie auf den angefochtenen Hoheitsakt im konkreten Fall angewandt wurde, verfas-

⁷ BGE 98 Ia 654.

⁸ BGE 98 Ia 108.

⁹ Vgl. auch Antonioli 201.

¹⁰ Das Bundesgericht prüft nur, ob die Norm an einem vom Beschwerdeführer geltend gemachten Grund der Verfassungswidrigkeit leidet (BGE 105 Ia 67 ff. (79); 98 Ia 230; 96 I 525 ff. E 1; Ausnahmen macht das Bundesgericht, wenn unverzichtbare Rechte des Beschwerdeführers verletzt sind; vgl. Marti 156).

¹¹ Imboden (Verfassungsgerichtsbarkeit) 262 Anm. 18 und 19; BGE 65 I 115, 78 I 24. Präventive Normenkontrolle übt z.B. auch die Bundesversammlung aus, wenn sie eine Kantonsverfassung zum Zweck der Gewährleistung (Art. 6 Abs. 1 BV) vor dem Inkrafttreten auf ihre Bundesverfassungsmässigkeit überprüft.

ungswidrig ist; es beschränkt sich ausserdem auf die Überprüfung der vom Beschwerdeführer geltend gemachten Beschwerdegründe, ohne zu prüfen, ob noch andere Gründe für eine Verfassungswidrigkeit vorliegen¹².

Der staatsrechtlichen Beschwerde kommt in der Regel keine aufschiebende Wirkung zu. Das Bundesgericht kann ihr jedoch auf Antrag hin ausdrücklich eine solche erteilen (Art. 94 OG). Bei der direkten Anfechtung einer generellen Norm besteht durchaus ein Bedürfnis nach aufschiebender Wirkung, da bei Verfassungswidrigkeit der Norm verhindert werden könnte, dass sie jemals in Kraft tritt¹³.

B. Rechtsfolgen

1. Abweisung

Wenn ein Hoheitsakt nicht an der vom Kläger oder Beschwerdeführer geltend gemachten Verfassungswidrigkeit leidet, stellt das Bundesgericht durch Abweisung der Klage oder Beschwerde deren Unbegründetheit fest¹⁴.

Mit der abweisenden Entscheidung bestätigt das Bundesgericht nicht etwa den angefochtenen Hoheitsakt. Das folgt schon aus der kassatorischen Natur der Beschwerde, die nur die Aufhebung verfassungswidriger Hoheitsakte zum Ziele hat, sowie auch aus der beschränkten Kognitionsbefugnis des Bundesgerichts. Es prüft ja nur, ob die vom Beschwerdeführer geltend gemachten Beschwerdegründe zutreffen. Auch ist durch den abweisenden Entscheid eine Beschwerde gegen weitere Hoheitsakte, die aufgrund der gleichen, bereits wegen Verfassungswidrigkeit angefochtenen generellen Norm ergehen, nicht ausgeschlossen. Das Bundesgericht betont insbesondere, dass der Beschwerdeführer nach Abweisung seiner direkt gegen eine generelle Norm gerichteten Beschwerde noch mit mehr Aussicht auf Erfolg einen individuell-konkreten Akt anfechten könne, der aufgrund des angeblich verfassungswidrigen generellen Erlasses ergangen ist¹⁵. Abweisende Entscheidungen haben in der Regel reinen Feststellungscharakter¹⁶.

12 BGE 105 Ia 67 ff. (79); 98 Ia 230; 96 I 525 E 1.

13 Vgl. BGE 103 Ia 290; 98 Ia 399; 96 I 364; siehe hinten S. 133 f.

14 Vgl. Marti 165 f.; Giacometti 240; als Beispiele für Entscheide siehe BGE 98 Ia 10, 20, 22, 27, 35, 43, 56, 64, 73, 105, 112, 140, 163, 169, 187, 194, 208, 212, 250, 266, 271, 290, 293 usw.

15 BGE 99 Ia 638; siehe hinten S. 8 f.

16 Zur Einteilung in Feststellungs-, Gestaltungs- und Leistungsurteile siehe hinten S. 25 f. Zum Charakter abweisender Entscheidungen vgl. auch W.J. Habscheid, *Droit judiciaire privé suisse*, Genf 1975, S. 270.

2. Gutheissung

Wenn die vom Beschwerdeführer geltend gemachten Beschwerdegründe zutreffen, heisst das Bundesgericht die Beschwerde gut und hebt den angefochtenen Hoheitsakt wegen Verfassungswidrigkeit auf¹⁷.

Bei der *konkreten Normenkontrolle* wird durch das gutheissende Urteil nur der individuell-konkrete Hoheitsakt aufgehoben, die verfassungswidrige Norm selbst bleibt bestehen¹⁸, denn Gutheissung bedeutet nur immer Kassation des angefochtenen Hoheitsaktes selbst¹⁹. Bei der *abstrakten Normenkontrolle*, d.h. bei der direkten Anfechtung eines generellen Erlasses, bildet nicht ein individuell-konkreter Hoheitsakt, sondern die Norm selbst Gegenstand des verfassungsgerichtlichen Verfahrens; kassiert wird demzufolge der verfassungswidrige Erlass selbst. In der Regel werden nicht ganze Erlasse, sondern nur einzelne Bestimmungen angefochten und kassiert. Kassation bedeutet Aufhebung oder Abschaffung des Erlasses. Zur formellen Aufhebung bedarf es jedoch noch eines *contrarius actus*, d.h. eines Aktes desjenigen Organs, das die verfassungswidrige Norm gesetzt hat²⁰. Die Publikation des bundesgerichtlichen Urteils im Amtsblatt des betreffenden Kantons genügt nicht, die Aufhebung eines Gesetzes oder einer Rechtsverordnung hat wie der Erlass auf dem gleichen Weg, nämlich der Veröffentlichung im kantonalen Amtsblatt, zu erfolgen²¹. Dabei bestimmt das kantonale Recht die formellen Erfordernisse der Aufhebung. Anders als in Deutschland und Österreich gibt es keine Publikation im Gesetzesblatt auf verfassungsgerichtliche Anordnung hin. Unterlässt ein Kanton die formelle Abschaffung der vom Bundesgericht aufgehobenen Normen, so muss ein Kanton nötigenfalls mittels Bundesaufsicht dazu angehalten werden²². Denn aus der föderativen Staatsstruktur ergibt sich die Verpflichtung des Kantons, bundesrechtswidriges kantonales Recht formell aufzuheben, nachdem es durch die autoritative bundesgerichtliche Rechtsprechung für bundesrechtswidrig befunden worden ist. Die kantonale Instanz ist an die der Entscheidung zugrundeliegende Rechtsanschauung des Bundesgerichts gebunden²³. Die Bindung der unteren Instanzen ist für die Berufung bei Zivilrechtsstreitigkeiten ausdrücklich in Art. 66 OG festgelegt, gilt jedoch für alle Verfahrensarten kassatorischer Natur vor dem Bundesgericht, wenn der Rechtsstreit zur Neubeurteilung wieder an eine untere Instanz gelangt. Das ist ein Gebot der Durchsetzbarkeit des Willens der obersten Gerichtsbarkeit und aus der Gerichtsorganisation und aus dem Sinn des Schutzes verfassungs-

17 Z.B. BGE 98 Ia 1, 14, 50, 86, 98, 122, 129, 135, 144, 151, 175, 179, 241, 247, 255 usw.

18 Bei Stimmrechtsbeschwerden hebt das Bundesgericht generelle Erlasse indirekt auf, indem es Wahlen kassiert oder Beschlüsse der Exekutive, die das Inkrafttreten von Erlassen betreffen, aufhebt (vgl. BGE 96 I 212).

19 Vgl. auch Giacometti 241.

20 Vgl. auch Aubert No. 1726.

21 BGE 49 I 226 f.

22 Vgl. hinten S. 84 f. (zur Vollstreckung verfassungsgerichtlicher Urteile in der Schweiz) und S. 143 f. (zur Bundesaufsicht).

23 Vgl. auch hinten S. 70 ff.

mässiger Rechte ableitbar. Das gebietet letzten Endes jedoch auch der Grundsatz der Setzung bundesrechtsmässigen kantonalen Rechts, dem auch durch Bundesaufsicht Nachdruck verschafft werden könnte. Es muss hierbei immer vor Augen gehalten werden, dass es sich anders als in Deutschland und Österreich bei der abstrakten Normenkontrolle nur um die Aufhebung kantonalen Rechts handelt, so dass die verfassungsmässige Lage immer schon mittels Bundesaufsicht hergestellt werden könnte.

Die Frage des Zeitpunkts der Aufhebung durch das Bundesgericht ist rechtlich überhaupt nicht geregelt, sondern auf praktische Weise gelöst. Im Dispositiv stellt das Bundesgericht einfach fest, dass eine Norm aufgehoben wird, woraus zu schliessen ist, dass die betreffende Norm für die Zukunft als aufgehoben gilt. Gleichwohl soll es nach der herrschenden Lehre²⁴ auf die Art des für verfassungswidrig erkannten Erlasses ankommen; so gelten beispielsweise kantonale Normen, die in die Kompetenz des Bundes übergreifen, als von Anfang an nichtig. Dieser von Lehre und Rechtsprechung aufgestellten Theorie kann jedoch nicht gefolgt werden. Tatsache ist, dass eine verfassungswidrige Norm erst ausser Kraft treten kann, wenn deren Verfassungswidrigkeit erkannt worden ist; es ist auf das Dispositiv abzustellen, worin ausgesprochen wird, dass die betreffende Norm aufgehoben wird²⁵.

Bei *staatsrechtlichen Klagen* kann die bundesgerichtliche Entscheidung über die rein kassatorische Funktion hinausgehen. Wenn das Bundesgericht eine staatsrechtliche Klage anlässlich eines Kompetenzkonfliktes gutheisst, stellt es die Rechtslage verbindlich fest. Die besondere Natur der staatsrechtlichen Streitigkeiten drückt sich auch im Verfahren und in der Wirkung der Entscheidung aus²⁶. Die Ausgestaltung der Kompetenzstreitigkeiten als Klagesystem bringt eine Annäherung an das zivilprozessuale Verfahrensrecht mit sich. Den Staatsorganen kommen Parteirollen zu²⁷. Das Bundesgericht hat zu entscheiden, ob ein Konflikt vorliegt und ob eine Partei ihre Zuständigkeit bereits überschritten hat. Das Urteil hat daher wie im Zivilprozess nicht bloss kassatorischen Charakter. Das ergibt sich auch aus der Tatsache, dass das Bundesgericht als einzige Instanz entscheidet und den Rechtsstreit somit nicht an eine untere Instanz zurückweisen kann.

Das Bundesgericht hebt daher auch in seiner Entscheidung nicht nur Erlasse oder Verfügungen auf²⁸. Da es bei der staatsrechtlichen Klage wie im zivilprozessualen Verfahren verschiedene Klagearten gibt, kann das bundesgerichtliche Urteil auch

24 Marti 166; Nef (Sinn und Schutz) 268a f.; Pierandrei 129 ff.; Giacometti 241 ff.

25 Dazu ausführlicher S. 131 ff. und 94 ff.

26 Vgl. auch M. Gut, Staatsrechtliche Streitigkeiten zwischen den Kantonen und ihre Beilegung, Diss. Zürich 1942, S. 162 f.

27 Vgl. dazu Birchmeier (295), der einen gewissen Widerspruch zum Parteiverfahren darin sieht, dass die Parteien objektives Recht wahrnehmen und die Abgrenzung der Zuständigkeiten zwingendes Recht ist.

28 Anlass zu einem Kompetenzkonflikt können ein rechtsetzender Erlass des Bundes (mit Ausnahme von Bundesgesetzen, allgemeinverbindlichen Bundesbeschlüssen und Staatsverträgen) oder eines Kantons oder ein Anwendungsakt der Bundesbehörden oder kantonalen Behörden sein.

auf Verurteilung zu einer bestimmten Leistung, auf Dulden oder Unterlassen oder auf Feststellung eines Rechtsverhältnisses lauten²⁹.

Entscheidungen des Bundesgerichts im Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde sind in der Regel³⁰ rein kassatorischer Natur³¹. Selbst wenn guteisende bundesgerichtliche Urteile sowohl Feststellungs- wie Gestaltungs- oder Leistungsurteile sein können, so wird das Bundesgericht nie müde, zu betonen, dass seinen Entscheidungen grundsätzlich nur kassatorische Wirkung zukommt³². Das OG selbst sagt nichts über die Natur des Beschwerdeentscheides. Am einleuchtendsten erscheint die Auffassung von der kassatorischen Wirkung der Entscheidung bei den abstrakten Normenkontrollentscheidungen; es wäre undenkbar, dass das Verfassungsgericht im Falle einer Aufhebung einer Norm selber neues verfassungskonformes Recht setzen würde. Selbst blosse Handlungsanweisungen an kantonale Behörden stossen bereits auf Bedenken. Denn die Weisungen würden sich bei der abstrakten Normenkontrolle an den Gesetzgeber richten. Es fällt auf, dass sich das Bundesgericht im grossen ganzen äusserste Zurückhaltung auferlegt. Es tritt auf ein Beschwerdebegehren nur ein, soweit damit die Aufhebung eines Hoheitsaktes verlangt wird. Ein darüber hinausgehender Antrag ist unzulässig.

Der Grundsatz der kassatorischen Natur der Entscheidung ergibt sich aus dem Wesen und dem Zweck der Verfassungsgerichtsbarkeit als Rechtskontrolle verfassungsmässiger Akte. Die reformatorische Wirkung der Entscheidung würde das System der Verfassungsgerichtsbarkeit durchbrechen.

II. Verfassungsgerichtliche Normenkontrolle in der Bundesrepublik Deutschland

A. Formen

1. Abstrakte Normenkontrolle

Ihre reinste Verwirklichung hat die Idee der Normenkontrolle in Art. 93 Abs. 1 Ziff. 2 GG gefunden, wonach das Bundesverfassungsgericht "bei Meinungsverschiedenheiten oder Zweifeln über die förmliche und sachliche Vereinbarkeit von Bundesrecht oder Landesrecht mit diesem Grundgesetze oder die Vereinbarkeit von Landesrecht mit sonstigem Bundesrechte auf Antrag der Bundesregierung, einer Landes-

29 BGE 45 I 37, 217; 61 I 345.

30 Zu den Ausnahmen vgl. Anm. 99 § 11.

31 Vgl. Giacometti 241, 245; Marti 167; Schuler 229 f.

32 BGE 104 Ia 32; 99 Ia 226 E 1, 430 E 1; 98 Ia 348 E 1; 97 I 221 E 1b; 96 I 2 E 1; 95 I 123 E 5, 197 E 2, 515 E 1; 94 I 1 E 4, 585 E 2; 91 I 249 ff.; 90 I 21 E 1.

regierung oder eines Drittels der Mitglieder des Bundestages" entscheidet. Das Verfahren ist objektiv. Der Verfassungsschutz steht im Vordergrund³³.

Der Antragsberechtigte muss Bundes- oder Landesrecht entweder wegen Verfassungswidrigkeit oder Bundesrechtswidrigkeit für nichtig (§ 76 Ziff. 1 BVerfGG) oder für gültig halten, nachdem ein Gericht, eine Verwaltungsbehörde oder ein Organ des Bundes oder eines Landes das Recht wegen Unvereinbarkeit mit dem Grundgesetz oder sonstigem Bundesrecht nicht angewendet hat (§ 76 Ziff. 2 BVerfGG). Im Schrifttum bestehen Bedenken, ob die Einschränkung des § 76 BVerfGG "für nichtig hält" und "für gültig hält" mit Art. 93 Abs. 1 Ziff. 2 GG vereinbar sei und nicht blosse Zweifel des Antragsberechtigten genügen müssten. Eine Entscheidung über die Verfassungsmässigkeit des § 76 Ziff. 2 BVerfGG hat das Bundesverfassungsgericht noch nicht gefällt³⁴.

Der Antrag ist an keine Frist gebunden. Gegenstand der Normenkontrolle sind alle verkündeten³⁵ Rechtsvorschriften, alle Gesetze, Rechtsverordnungen und Satzungen³⁶. Das Bundesverfassungsgericht hat eine umfassende Prüfungsbefugnis. Es ist nicht an Parteianträge gebunden. Das Gericht prüft die formelle und materielle Übereinstimmung der Norm mit dem GG sowie mit anderen höheren Rechtsnormen bzw. mit sonstigem Bundesrecht³⁷.

Die *Verfassungsbeschwerde* nach Art. 93 Abs. 1 Ziff. 4a GG³⁸ beinhaltet Normenkontrolle, wenn die Beschwerde unmittelbar oder mittelbar gegen einen generellen Erlass gerichtet ist. Insbesondere ist die Normenkontrolle abstrakt, wenn die Beschwerde unmittelbar gegen den Erlass gerichtet ist. Die Verfassungsbeschwerde kann gegen alle Akte der gesetzgebenden, vollziehenden und richterlichen Gewalt erhoben werden³⁹. Nach § 90 Abs. 1 BVerfGG kann jedermann "mit der Behauptung, durch die öffentliche Gewalt in einem seiner Grundrechte oder in einem seiner in Artikel 20 Abs. 4, Artikel 33, 38, 101, 103 und 104 des Grundgesetzes enthaltenen Rechte verletzt zu sein, die Verfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht" erheben. Rechtsnormen können unmittelbar angefochten werden, wenn der Beschwerdeführer behauptet, dass er "selbst, gegenwärtig und unmittelbar durch das Gesetz, nicht erst mit Hilfe eines Vollzugsaktes, in einem Grundrecht verletzt sei"⁴⁰. Die Anfechtungsfrist beträgt ein Jahr seit Inkrafttreten des Erlasses (§ 93 Abs. 2 BVerfGG).

33 Vgl. hierzu insbesondere Söhn, Babel sowie Friesenhahn (Verfassungsgerichtsbarkeit) 7; Spanner (Bundesverfassungsgericht) 92.

34 Nach Spanner (Bundesverfassungsgericht, 96) genügen konkrete Bedenken oder Zweifel an der Verfassungsmässigkeit einer Norm; vgl. auch Babel 19 ff. und 61 ff.; Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, N 30 zu Art. 93 GG; Söhn 301 ff.

35 Ausser bei völkerrechtlichen Verträgen.

36 Nicht hingegen Verwaltungsvorschriften und Gewohnheitsrecht, Spanner (Bundesverfassungsgericht) 93.

37 Friesenhahn (Verfassungsgerichtsbarkeit) 51; Söhn 313 ff.

38 Ziff. 4a wurde erst am 29. Januar 1969 ins GG eingefügt. Vorher gab es als Rechtsgrundlage nur § 90 BVerfGG.

39 Leibholz/Rupperecht, N 1 zu § 90 BVerfGG.

40 BVerfGE 1, 101; Leibholz/Rupperecht, N 33–35 zu § 90 BVerfGG.

Das Bundesverfassungsgericht ist im Beschwerdeverfahren befugt, den Erlass nicht nur auf die Übereinstimmung mit den Grundrechten und den anderen in § 90 Abs. 1 BVerfGG genannten verfassungsmässigen Rechten zu prüfen, sondern es darf auch über den Parteiantrag hinaus die Verfassungswidrigkeit eines Erlasses wegen Verletzung von anderen Verfassungsbestimmungen feststellen, die im betreffenden Fall zur Anwendung kämen⁴¹.

Abstrakte Normenkontrolle gibt es auch in anderen verfassungsgerichtlichen Verfahrensarten. Der gleiche Sachverhalt oder die gleiche Rechtsfrage kann Gegenstand verschiedener Verfahren bilden. Man spricht in einem solchen Fall von Konkurrenz der Verfahrensarten⁴². Streitgegenstand und Vorbringen der Verfahrensbeteiligten sind für die Abgrenzung der Verfahrensarten massgebend⁴³.

Wenn sich Bundestag und Bundesrat über die Verfassungsmässigkeit eines Bundesgesetzes nicht einig sind, können sie ihre Meinungsverschiedenheiten im Normenkontrollverfahren (Art. 93 Ziff. 2 GG) oder als *Organstreit* (Art. 93 Ziff. 1 GG) austragen⁴⁴. Wird der Streit als Organstreit ausgetragen, so wird auch eine Art Normenkontrolle ausgeübt.

Wenn sich Bund und Länder über die Verfassungsmässigkeit eines Bundesgesetzes nicht einig sind, kommt entweder der *Bund-Länder-Streit* (Art. 93 Ziff. 3 GG) oder das Normenkontrollverfahren zum Zuge. Erhebt ein Land den Aufhebungsanspruch, so mündet das Verfahren in einen Bund-Länder-Streit; dabei findet jedoch auch eine Art Normenkontrolle statt⁴⁵. Hingegen kommt nur das Normenkontrollverfahren in Betracht, wenn Bund oder Land eine Bundesnorm für verfassungswidrig hält und die Entscheidung zugleich einen Streit um die in einer angefochtenen Norm enthaltenen Rechte und Pflichten der Beteiligten beinhaltet⁴⁶.

Auch bei der *Verfassungsbeschwerde der Gemeinden und Gemeindeverbände* nach § 91 BVerfGG wird eine Art Normenkontrolle vorgenommen. Danach kann behauptet werden, "dass ein Gesetz des Bundes oder des Landes die Vorschrift des Artikels 28 des Grundgesetzes verletzt"⁴⁷.

41 Friesenhahn (Verfassungsgerichtsbarkeit) 56; Leibholz/Rupprecht, N 44 zu § 90 BVerfGG.

42 Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, N 86 zu Art. 93 GG; Söhn 321 f.; W. Leisner, Der Bund-Länder-Streit vor dem Bundesverfassungsgericht, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, S. 260 ff. (266), Bd. I.

43 Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, N 94 zu Art. 93 GG.

44 Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, N 87 zu Art. 93 GG.

45 Gegenstand der Entscheidung ist in den beiden letztgenannten Verfahren eigentlich nicht die Verfassungsmässigkeit der Norm selbst, sondern des Normsetzungsaktes; das Gericht befindet nicht über die Geltung des Gesetzes, Friesenhahn (Verfassungsgerichtsbarkeit) 57.

46 Leisner (zit. in Anm. 37 hievor) 266. Normenkontrollverfahren und Bund-Länder-Streit stehen selbständig nebeneinander, schliessen sich aber gegenseitig nicht aus, sondern überschneiden sich.

47 Es sind noch weitere Überschneidungen von Verfahrensarten denkbar; sie haben jedoch schon in einem der oben genannten Verfahren Platz gefunden und beinhalten keine Normenkontrolle.

2. Konkrete Normenkontrolle

Die wichtigsten Fälle konkreter Normenkontrolle sind das Verfahren bei der *Vorlagepflicht der Gerichte* nach Art. 100 Abs. 1 GG und das Verfassungsbeschwerdeverfahren⁴⁸.

Hält ein Gericht ein Gesetz, auf dessen Gültigkeit es bei der Entscheidung ankommt, für verfassungswidrig, so ist das Verfahren auszusetzen (Art. 100 Abs. 1 1. Satz GG). Das Bundesverfassungsgericht allein ist zuständig, wenn durch Landesrecht oder durch Bundesrecht das GG verletzt wird oder wenn es sich um die Vereinbarkeit eines Landesgesetzes mit einem Bundesgesetz handelt. Das richterliche Prüfungsrecht ist damit beim Bundesverfassungsgericht zentralisiert (sog. Verwerfungsmonopol)⁴⁹. Die deutsche Regelung steht im Gegensatz zur amerikanischen, schweizerischen und auch zu derjenigen der Weimarer Republik. Deutschland hat damit die Einheitlichkeit der Rechtsprechung angestrebt⁵⁰.

Voraussetzung für die Anrufung des Bundesverfassungsgerichts ist, dass in einem hängigen Prozess die umstrittene Norm, welche im betreffenden Prozess zur Anwendung kommen müsste, vom unteren Gericht für ungültig gehalten wird. Das Gericht muss begründen, inwieweit seine Entscheidung von der Gültigkeit der Norm abhängt (§ 80 Abs. 2 BVerfGG).

Das Prüfungsobjekt ist stark eingeschränkt: Nur formelle Gesetze, die nach dem Inkrafttreten des GG erlassen worden sind, müssen dem Bundesverfassungsgericht vorgelegt werden⁵¹. Verordnungen und vorkonstitutionelle Gesetze können die Gerichte selbst auf ihre Verfassungsmässigkeit überprüfen.

Der Umfang der Prüfungsbefugnis des Bundesverfassungsgerichts ist weit gesteckt, er kann vom vorlegenden Gericht nicht begrenzt werden⁵². Prüfungsmassstab für Bundesgesetze sind das Grundgesetz und die ihm zugrundeliegenden Rechtsprinzipien.

Form, Inhalt und Wirkung der verfassungsgerichtlichen Entscheidung sind gleich wie bei der abstrakten Normenkontrolle. Dadurch, dass das überweisende Gericht

48 Art. 100 Abs. 2 GG kann ausser acht gelassen werden, da nicht die Normenkontrolle Gegenstand des Verfahrens ist, sondern die Qualifikation und Auslegung von Rechtsregeln; vgl. Leibholz/Rupprecht, N 1 zu "Verfahren in den Fällen des § 13 Nr. 12" BVerfGG.

49 Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, N 1 zu Art. 100 GG.

50 Die Regelung bewirkt auch den Schutz des Gesetzgebers; vgl. Huh 113; Friesenhahn (Verfassungsgerichtsbarkeit) 52. Die Vorschrift wird aber mit Recht auch als Einschränkung der Vorfragenkompetenz des "gesetzlichen Richters" angesehen; so Bettermann (Normenkontrolle) 324.

51 Die Beschränkung auf formelle Gesetze geht aus dem GG nicht deutlich hervor; sie wurde vom Bundesverfassungsgericht (BVerfGE 1, 184; 17, 208) und von der Lehre entwickelt; vgl. Leibholz/Rupprecht, N 6 f. zu § 80 BVerfGG; Spanner (Bundesverfassungsgericht) 99 ff.; Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, N 7 zu Art. 100 GG; Friesenhahn (Verfassungsgerichtsbarkeit) 52; a.M. Huh; vgl. auch Bettermann (Normenkontrolle) 334 ff.

52 Ausser bei der Überprüfung eines Landesgesetzes auf seine Übereinstimmung mit Bundesrechtssätzen; Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, N 24 zu Art. 100 GG. Was die Kontrollnormen angeht, so steht der Umfang der Prüfung im Ermessen des Bundesverfassungsgerichts; vgl. Bettermann (Normenkontrolle) 346.

das Verfahren aussetzt und beim Bundesverfassungsgericht ein gesondertes, objektives Normenkontrollverfahren in Gang bringt, nähert sich die Normenkontrolle nach Art. 100 Abs. 1 GG natürlich sehr stark dem Wesen der abstrakten Normenkontrolle.

Anders als bei der Vorlagepflicht der Gerichte nach Art. 100 Abs. 1 GG erfolgt die Normenkontrolle anlässlich der *Verfassungsbeschwerde* nach Art. 93 Ziff. 4a GG nicht in einem Zwischenverfahren, sondern im gleichen Verfahren. Zur Verfassungsbeschwerde ist legitimiert, wer behauptet, "durch die öffentliche Gewalt in einem seiner Grundrechte oder in einem seiner in Artikel 20 Abs. 4, 33, 38, 101, 103 und 104 enthaltenen Rechte verletzt zu sein" (Art. 93 Ziff. 4a GG). Die Beschwerde ist innert eines Monats seit Zustellung oder Mitteilung des Hoheitsaktes zu erheben (§ 93 BVerfGG)⁵³.

Die Normenkontrolle im Verfassungsbeschwerdeverfahren ist konkret, wenn der Beschwerdeführer geltend macht, dass eine gegen ihn ergangene gerichtliche Entscheidung (oder ausnahmsweise ein Verwaltungsakt nach Erschöpfung des Rechtsweges, § 90 Abs. 2 BVerfGG) auf einer verfassungswidrigen Norm beruhe. Anfechtungsobjekt sind alle Hoheitsakte der Exekutive sowie Gerichtsentscheidungen aller Gerichte des Bundes und der Länder (Strafgerichte, Zivilgerichte, Verwaltungsgerichte)⁵⁴.

Die Prüfungsbefugnis des Bundesverfassungsgerichtes bei Gerichtsentscheiden und Verwaltungsakten ist kleiner als im abstrakten Normenkontrollverfahren; sie ist keineswegs umfassend. Das Bundesverfassungsgericht prüft, ob der Fehler gerade in der Nichtbeachtung von Verfassungsrecht liegt⁵⁵. Bei der Rechtsauslegung oder -anwendung dürfen keine Grundrechtssätze verletzt oder grundrechtswidrige Gesetze angewandt werden, auch dürfen keine willkürlichen Entscheidungen ergehen⁵⁶.

Jedoch prüft das Bundesverfassungsgericht wie bei der abstrakten Normenkontrolle auch, ob die Verfassungsverletzung in einem andern als vom Beschwerdeführer gerügten Grund besteht.

Konkrete Normenkontrolle kommt überdies im *Wahlprüfungsverfahren* vor (Art. 41 Abs. 2 GG). Das Bundesverfassungsgericht kann ein Wahlgesetz auf seine materielle Übereinstimmung mit der Verfassung prüfen⁵⁷. Das Wahlprüfungsverfahren ist ein objektives Verfahren. Es geht nicht um die Verletzung subjektiver Rechte, sondern um die Gültigkeit der Wahl selbst⁵⁸.

53 Zur Problematik der Fristsetzung siehe W. Endemann, Wann soll die Monatsfrist zur Einlegung von Verfassungsbeschwerdeverfahren beginnen?, *Zeitschrift für Rechtspolitik* 1970, S. 52 f.

54 Leibholz/Rupprecht, N 45 zu § 90 BVerfGG.

55 BVerfGE 18, 93.

56 BVerfGE 15, 221 f.; Leibholz/Rupprecht, N 53 zu § 90 BVerfGG.

57 BVerfGE 16, 130.

58 Das Bundesverfassungsgericht ist letzte Instanz für Beschwerden gegen Entscheide des Bundestags; der Bundestag entscheidet als Vorinstanz, er übt jedoch keine Normenkontrolle über die von ihm selbst gesetzten Akte aus; vgl. Spanner (Bundesverfassungsgericht) 55.

B. Rechtsfolgen

Nach § 78 BVerfGG erklärt das Bundesverfassungsgericht ein Gesetz für nichtig, wenn es zur Überzeugung kommt, dass Bundesrecht mit dem GG oder Landesrecht mit dem GG oder dem sonstigen Bundesrecht unvereinbar ist. Nach übereinstimmender Lehre und Rechtsprechung wirkt die Nichtigkeitserklärung *ex tunc*⁵⁹. Über die Natur des für nichtig erklärten Rechts stehen sich in Deutschland jedoch zwei Theorien gegenüber: einerseits die Lehre von der anfänglichen, absoluten Nichtigkeit und andererseits die Lehre von der rückwirkenden Vernichtbarkeit verfassungswidriger Gesetze⁶⁰. Vor der Gesetzesnovelle von 1970⁶¹ hiess es in § 78 BVerfGG noch: "... stellt es in seiner Entscheidung die Nichtigkeit fest". In der neuen Fassung soll zum Ausdruck kommen, dass dem verfassungsgerichtlichen Urteil – weil es die Verfassungslage verbindlich klärt – gestaltende Wirkung zukommt, während früher das (vermeintlich) deklaratorische Moment der Entscheidung betont wurde⁶². Um die Folgen der rückwirkenden Nichtigkeit von Gesetzen abzuschwächen, ist jedoch in § 79 Abs. 2 BVerfGG bestimmt, dass die nicht mehr anfechtbaren Entscheidungen, die auf einer für nichtig erklärten Norm beruhen, vom Nichtigkeitsentscheid – vorbehaltlich einer besonderen gesetzlichen Regelung – unberührt bleiben, jedoch nicht mehr vollstreckt werden können. Allerdings sieht § 79 Abs. 1 BVerfGG für rechtskräftige Strafurteile, die auf einer für nichtig erklärten Norm beruhen, die Wiederaufnahme des Verfahrens vor⁶³.

Die Vorschriften der §§ 78 und 79 BVerfGG gelten nach § 82 Abs. 1 BVerfGG für das konkrete Normenkontrollverfahren entsprechend, ebenso gelten sie nach § 95 Abs. 3 BVerfGG für die Verfassungsbeschwerde, wenn sie sich direkt oder indirekt gegen ein verfassungswidriges Gesetz richtet; wird der Verfassungsbeschwerde gegen ein Gesetz stattgegeben, so ist das Gesetz für nichtig zu erklären.

Eine entsprechende Bestimmung für den Organstreit gibt es nicht, wenn der Antragsteller geltend gemacht hat, der Antragsgegner habe seine verfassungsmässigen Rechte verletzt. Nach § 67 BVerfGG prüft das Bundesverfassungsgericht nur, ob der Gesetzeserlass (oder das Unterlassen) gegen das GG verstösst.

Die Nichtigkeitserklärung durch das Bundesverfassungsgericht ist bei verfassungswidrigen Gesetzen die Regel. Das Bundesverfassungsgericht ist jedoch in den letzten Jahren vermehrt dazu übergegangen, verfassungswidrige Gesetze nicht mehr für nichtig, sondern nur noch "für mit dem GG unvereinbar" zu erklären⁶⁴. Die Möglichkeit der Verfassungswidrigerklärung ist mit der Reform des BVerfGG von 1970 bei der Regelung der Bindungswirkung in § 31 Abs. 2 BVerfGG sowie bei der Rege-

59 Siehe Anm. 35 und 36 § 10.

60 Vgl. zur Natur verfassungswidrigen Rechts hinten S. 99 ff.

61 4. Gesetz zur Änderung des BVerfGG vom 21. Dezember 1970 (BGBl I, S. 1765).

62 Böckenförde 62; in diesem Sinn auch Novak 19.

63 Vgl. zu den rechtlichen Folgen der Nichtigkeitserklärung nach § 79 BVerfGG insbesondere Steiner sowie hinten S. 104 ff.

64 Vgl. dazu die beiden grundlegenden Abhandlungen von Maurer (Verfassungswidrigerklärung) und Pestalozza (Geltung); siehe auch hinten S. 106 ff.

lung der Folgen der Nichtigkeitserklärung in § 79 Abs. 1 BVerfGG unauffällig ins Gesetz eingegliedert worden. Die gesetzlichen Grundlagen für die Verfassungswidrigkeitserklärung lassen damit in systematischer Hinsicht zu wünschen übrig, ist diese doch grundsätzlich in § 78 BVerfGG neben der Nichtigkeitserklärung nicht vorgesehen, sondern wird erst in § 79 BVerfGG bei den Folgen der Entscheidung erwähnt. Auch werden die Voraussetzungen für eine Verfassungswidrigkeitserklärung im Gesetz nicht genannt. Als Ausnahme vom Grundsatz der Nichtigkeitserklärung bedarf die Verfassungswidrigkeitserklärung einer besonderen Rechtfertigung⁶⁵.

Voraussetzungen und Folgen der Verfassungswidrigkeitserklärung müssten im BVerfGG geregelt werden. Bei der gegenwärtigen Rechtsgrundlage sind die Folgen unklar. Es gibt daher verschiedene Meinungen über die Anwendbarkeit der für verfassungswidrig erklärten Gesetze. Kriterien dafür sind die Ursache der Verfassungswidrigkeit und der Charakter des Gesetzes⁶⁶.

Das Bundesverfassungsgericht hat aus der ungewissen Rechtslage heraus, die bei für nichtig oder für verfassungswidrig erklärten Gesetzen entstehen kann, nach weiteren Alternativen gesucht. Neben der verfassungskonformen Auslegung versucht es eine Rechtsänderung durch den Gesetzgeber herbeizuführen, indem es ein Gesetz "für noch verfassungsmässig" erklärt, jedoch darauf hinweist, dass das betreffende Gesetz demnächst einmal verfassungswidrig werden könne⁶⁷. Diese sog. "Appellentscheidung" oder die "Hinweise an den Gesetzgeber" bringen jedoch ebenfalls zahlreiche Probleme mit sich⁶⁸.

Nach § 31 Abs. 2 BVerfGG haben die Normenkontrollentscheidungen (die in § 13 Nrn. 6, 8a, 11, 12 und 14 aufgezählten Fälle) des Bundesverfassungsgerichtes Gesetzeskraft⁶⁹. Die Entscheidformel ist – "soweit ein Gesetz als mit dem Grundgesetz oder sonstigem Bundesrecht vereinbar oder unvereinbar oder für nichtig erklärt wird" – durch den Bundesminister der Justiz im Bundesgesetzblatt zu veröffentlichen.

65 Maurer (Verfassungswidrigkeitserklärung) 346.

66 Vgl. dazu ausführlicher hinten S. 106 ff.

67 Vgl. Rupp-von Brünneck (Bundesverfassungsgericht)

68 Vgl. hinten S. 113 ff.

69 Zum Problem der Gesetzeskraft vgl. vorn S. 79 f. Die Entscheidformel wird nicht zum Gesetz und das Bundesverfassungsgericht nicht zum Gesetzgeber; Spanner (Bundesverfassungsgericht) 52; Friesenhahn (Inhalt) 690.

III. Verfassungsgerichtliche Normenkontrolle in Österreich

A. Formen

1. Abstrakte Normenkontrolle

Der Verfassungsgerichtshof erkennt nach Art. 140 Abs. 1 B-VG über die Verfassungswidrigkeit von Landesgesetzen auf Antrag der Bundesregierung und über die Verfassungswidrigkeit von Bundesgesetzen auf Antrag einer Länderregierung sowie seit der Verfassungsnovelle von 1975⁷⁰ nach dem deutschen Vorbild nun auch auf Antrag eines Drittels der Mitglieder des Nationalrates⁷¹.

Alle formellen Gesetze⁷², auch Bundesverfassungsgesetze – sowie bereits ausser Kraft getretene Gesetze (Art. 140 Abs. 4 B-VG) –, können Anfechtungsobjekt sein. Das angefochtene Gesetz ist auf seine formelle und materielle Übereinstimmung mit dem B-VG und den anderen Bundesverfassungsgesetzen zu überprüfen; Bundesverfassungsgesetze selbst können nur auf verfassungsmässiges Zustandekommen sowie darauf, ob sie eine Gesamtänderung der Bundesverfassung im Sinne des Art. 44 Abs. 2 B-VG zum Inhalt haben, ohne dass eine Volksabstimmung stattgefunden hat⁷³, überprüft werden⁷⁴. Der Verfassungsgerichtshof untersucht die angefochtenen Gesetze auf ihre Übereinstimmung mit allen Verfassungsgesetzen, nicht nur der Verfassungsurkunde, mit der “Summe der als Verfassungsgesetze von den gesetzgebenden Körperschaften beschlossenen und kundgemachten Gesetze”⁷⁵.

Eine Landesregierung kann ein Bundesgesetz und die Bundesregierung ein Landesgesetz jederzeit anfechten⁷⁶.

70 Bundesverfassungsgesetz vom 15. Mai 1975, in Kraft getreten am 1. Juli 1976 (BGBl 1975, 1325 ff.). Entsprechend wurde das VfGG geändert, siehe BGBl Nr. 311/1976.

71 Überdies kann in den Ländern die Landesverfassung das Antragsrecht hinsichtlich der Verfassungswidrigkeit von Landesgesetzen auch einem Drittel der Mitglieder des Landtags zuerkennen (Art. 140 Abs. 1 B-VG).

72 Ermacora (Verfassungsgerichtshof) 225 f.

73 Vgl. dazu Schreiber 46 ff.

74 Landesverfassungsnormen können überdies auf ihre Übereinstimmung mit dem Bundesverfassungsgesetz überprüft werden; vgl. auch Melichar (Verfassungsgerichtsbarkeit) 458 f. Zur Anfechtung von Gesetzen im formellen Sinn, die nicht unter der Herrschaft des B-VG entstanden sind, und von Rechtsvorschriften, die unter der Verfassung von 1934 sowie unter der Herrschaft der nationalsozialistischen Rechtsordnung als “Verordnungen” erlassen wurden, siehe Ermacora (Verfassungsgerichtshof) 227–230.

75 Ermacora (Verfassungsgerichtshof) 237; dazu gehören auch die nach Art. 50 Abs. 2 B-VG durch den Erlass von Gesetzen erfüllten Staatsverträge. Massgebend ist nach Walter (Bundesverfassungsrecht 746) der materielle Verfassungsbegriff. Als Prüfungsmassstab gelten somit auch die in einfachen Gesetzen enthaltenen Verfassungsbestimmungen (vgl. Erk.Slg. 8027/1977, in welchem Fall Prüfungsmassstab das in § 2 Abs. 1 des Zivildienstgesetzes von 1977 niedergelegte Recht auf Befreiung von der Wehrpflicht war). In diesem Erkenntnis wurden zwei im gleichen Gesetz enthaltene Bestimmungen auf ihre Übereinstimmung geprüft, wobei der einen Verfassungsrang zukam.

76 Nach § 62 Abs. 1 VfGG muss der Antrag, ein Gesetz als verfassungswidrig aufzuheben, begehren, dass entweder das Gesetz seinem ganzen Inhalt nach oder dass bestimmte Stellen des Gesetzes als verfassungswidrig aufgehoben werden. Der Antrag hat die gegen die Verfassungsmässigkeit des Gesetzes sprechenden Bedenken im einzelnen darzulegen.

Die Bundesregierung kann den Verfassungsgerichtshof wegen Gesetzwidrigkeit einer Verordnung einer Landesbehörde und eine Landesregierung den Verfassungsgerichtshof wegen Gesetzwidrigkeit einer Verordnung einer Bundesbehörde anrufen (Art. 139 Abs. 1 B-VG).

Hinsichtlich der Antragsberechtigung und des Inhalts des Anfechtungsantrags bestehen keine Abweichungen zur Kontrolle von Gesetzen.

Als Anfechtungsobjekt kommen alle Arten von Verordnungen in Frage, Rechts- und Verwaltungsverordnungen⁷⁷, überdies auch generelle Verwaltungsakte, die nicht unter der Herrschaft des B-VG entstanden sind⁷⁸.

Verordnungen können nur auf ihre formelle und materielle Gesetzmässigkeit überprüft werden.

Eine besondere Art abstrakter Normenkontrolle ist das Antragsrecht der Gemeinde (ebenfalls nach Art. 139 Abs. 1 B-VG), wonach die Gemeinde eine Verordnung der Gemeindeaufsichtsbehörde, die nach Art. 119a Abs. 6 B-VG eine im eigenen Wirkungsbereich der Gemeinde erlassene Verordnung aufgehoben hat, anfechten kann.

Neu in Art. 140 Abs. 1 B-VG wurde durch die Verfassungsnovelle von 1975 die Antragsbefugnis des einzelnen zur abstrakten Normenkontrolle eingeführt. Nach Satz 3 von Art. 140 Abs. 1 B-VG erkennt der Verfassungsgerichtshof über die Verfassungswidrigkeit von Gesetzen auf Antrag einer Person, die unmittelbar durch die Verfassungswidrigkeit in ihren Rechten verletzt zu sein behauptet, sofern das Gesetz ohne Fällung einer gerichtlichen Entscheidung oder ohne Erlass eines Bescheides für diese Person wirksam geworden ist⁷⁹. Für die Prüfung von Verordnungen auf Antrag des einzelnen gilt die gleiche Regelung (Art. 139 Abs. 1 B-VG). Voraussetzung der Antragslegitimation ist, dass das Gesetz in die Rechtssphäre des einzelnen eingreift und sie verletzt. Im weiteren ist erforderlich, dass der Eingriff in die Rechtssphäre des Antragstellers nicht aufgrund des angefochtenen Gesetzes, sondern unmittelbar durch das Gesetz selbst erfolgt⁸⁰. Eine solche Regelung innerhalb der

77 Nach deutschem Recht hingegen nur Rechtsverordnungen; zum Verordnungsbegriff siehe Ermacora (Verfassungsgerichtshof) 165 ff.

78 Für die besonderen Probleme der Überprüfbarkeit siehe Ermacora (Verfassungsgerichtshof) 188 ff.

79 Art. 89 Abs. 3 B-VG, wonach auch bereits ausser Kraft getretene Gesetze angefochten werden können, gilt sinngemäss.

80 Dies hat der Verfassungsgerichtshof in einem seiner ersten grundlegenden Erkenntnisse seit der Einführung dieses Instituts in Erk.Slg. 8009/1977 festgehalten. Er hat im weiteren hiezu insbesondere ausgeführt: "Nach Meinung des VfGH ist dem Wortlaut des Art. 140 Abs. 1 B-VG aber immerhin zu entnehmen, dass ein unmittelbar durch das Gesetz erfolgter und (deswegen) die Antragslegitimation begründender Eingriff in die Rechtssphäre einer Person jedenfalls nur dann anzunehmen ist, wenn dieser nach Art und Ausmass durch das Gesetz selbst eindeutig bestimmt ist und die (rechtlich geschützten) Interessen der betreffenden Person nicht bloss potentiell, sondern aktuell beeinträchtigt. Die Entstehungsgeschichte der B-VG-Nov. BGBl 302/1975 lässt ferner den Schluss zu, dass der durch sie eingeführte Rechtsbehelf dazu bestimmt ist, Rechtsschutz gegen rechtswidrige Normen nur insoweit zu gewähren, als ein anderer zumutbarer Weg hierfür nicht zur Verfügung steht" (S. 159). Im betreffenden Fall verneinte der Verfassungsgerichtshof die Antrags-

abstrakten Normenkontrolle mutet etwas fremd an. Der österreichische Verfassungsgeber hat jedoch damit eine Lücke in der Verfassungsrechtsprechung gefüllt, da es in Österreich im Unterschied zur Schweiz und zu Deutschland keine direkte Anfechtung von generellen Normen durch Verfassungsbeschwerde gibt. In Österreich gilt das Verfassungsbeschwerdeverfahren nach Art. 144 B-VG als sonderverwaltungsgerichtliche Kompetenz⁸¹, weshalb die Anfechtung generell-abstrakter Normen durch den einzelnen an anderer Stelle Platz gefunden hat. Auch gibt es in Art. 140 Abs. 1 B-VG keine Begrenzung der Anfechtungsfrist. Die Rechtsverletzung ist nur Antragsvoraussetzung, im übrigen ist das Verfahren objektiv gestaltet.

Der Verfassungsgerichtshof erkennt im weiteren nach Art. 140a B-VG auch über die Rechtswidrigkeit von Staatsverträgen. Nach Abs. 1 von Art. 140a B-VG ist auf die mit Genehmigung des Nationalrates gemäss Art. 50 B-VG abgeschlossenen Staatsverträge Art. 140 B-VG sinngemäss anwendbar, auf alle anderen Staatsverträge Art. 139 B-VG. Staatsverträge im Verordnungsrang kann jedes Gericht der verfassungsgerichtlichen Kontrolle unterstellen, Staatsverträge mit Gesetzesrang hingegen nur der Oberste Gerichtshof, der Verwaltungsgerichtshof sowie ein in zweiter Instanz berufenes Gericht.

Kompetenzkonflikte zwischen Bund und Ländern (Art. 138 B-VG) bieten den einzigen Anlass für die verfassungsgerichtliche präventive Normenkontrolle. In allen anderen Verfahrensarten ist die Normenkontrolle repressiv. Die verfassungsgerichtliche Kontrolle nach Art. 138 B-VG ist nicht eine Normenkontrolle im eigentlichen Sinn, denn es geht um die Auslegung der in den Art. 10–15 B-VG niedergelegten Bestimmungen über die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern. Antragsberechtigt ist die Bundesregierung oder eine Landesregierung. Der Antrag hat nach § 54 VfGG einen Gesetzesentwurf zu enthalten. Der Verfassungsgerichtshof stellt vor dem Inkrafttreten des Entwurfes fest, ob der Gesetzgebungsakt kompetenzmässig ist.

befugnis eines Waldeigentümers zur Anfechtung einer Bestimmung des Forstgesetzes, die die Benützung des Waldes zu Erholungszwecken unter gewissen Einschränkungen erlaubte. Die grundsätzliche Duldungspflicht im Gesetz sei nicht derart abschliessend geregelt, dass damit Bestand und Umfang dieser Verpflichtung auch schon in jedem Einzelfall festgelegt wären. Es sei eine Konkretisierung der Rechtsstellung des Waldeigentümers im Einzelfall notwendig.

Vgl. zur Antragsbefugnis des einzelnen bei der abstrakten Normenkontrolle auch Schreiber 39 f.; dieser "Kunstgriff" sei wegen der immer zahlreicher werdenden "verschleierte Verfügungen in Verordnungsform" nötig geworden. Siehe auch F. Ermacora, Verfassungsänderungen 1975, JBl 1976, 79 ff. (81).

81 Schreiber 40.

2. Konkrete Normenkontrolle

a) Prüfung der Gesetzmässigkeit einer Verordnung auf Antrag eines Gerichts (Art. 89 Abs. 2 B-VG)

Nach Art. 89 Abs. 1 B-VG steht die Prüfung gehörig kundgemachter Gesetze, Verordnungen und Staatsverträge den Gerichten nicht zu, soweit nicht etwas anderes bestimmt ist. Nach Art. 89 Abs. 2 B-VG muss jedoch jedes Gericht, wenn es gegen die Gesetzwidrigkeit einer Verordnung Bedenken hat, das Verfahren unterbrechen und beim Verfassungsgerichtshof den Antrag stellen, die Verordnung sei als gesetzwidrig aufzuheben⁸². Bis zur Verkündung bzw. Zustellung des Erkenntnisses durch den Verfassungsgerichtshof darf das Gericht nur solche gerichtlichen Handlungen vornehmen oder Entscheidungen und Verfügungen treffen, die durch das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes nicht beeinflusst werden können oder die die Frage nicht abschliessend regeln (§ 57 Abs. 3 VfGG)⁸³. Hinsichtlich des Prüfungsobjekts ergeben sich keine Abweichungen zur abstrakten Normenkontrolle von Verordnungen. Auch der Prüfungsmassstab ist der gleiche. Der Antrag auf Verordnungsprüfung kann von allen Gerichten gestellt werden.

b) Prüfung der Verfassungsmässigkeit formeller Gesetze auf Antrag des Obersten Gerichtshofes, des Verwaltungsgerichtshofes sowie eines in zweiter Instanz zuständigen Gerichts (Art. 140 Abs. 1 B-VG)

Im Unterschied zur Bundesrepublik Deutschland und zur Schweiz gibt es in Österreich kein materielles Prüfungsrecht formeller Gesetze durch die unteren Gerichte und damit auch keine Möglichkeit der Überweisung der Prüfungsfrage an den Verfassungsrichter, wie dies in Deutschland der Fall ist. Gesetze können von den unteren Gerichten nur auf ihre gehörige Kundmachung überprüft werden. Kommt das Gericht zum Schluss, dass ein Gesetz nicht gehörig kundgemacht worden ist, so wendet es dieses im konkreten Rechtsstreit nicht an.

Formelle Gesetze dürfen zwar von unteren Gerichten inhaltlich nicht überprüft werden, jedoch steht nach Art. 140 Abs. 1 B-VG dem Obersten Gerichtshof, dem Verwaltungsgerichtshof sowie einem in zweiter Instanz zuständigen Gericht das Antragsrecht auf inhaltliche Prüfung durch den Verfassungsgerichtshof zu, sofern ein solches Gesetz Voraussetzung eines Erkenntnisses des antragstellenden Gerichtes bildet und das Gericht Bedenken gegen die Verfassungsmässigkeit des Gesetzes hat.

⁸² Nach Art. 139 Abs. 1 B-VG erkennt der Verfassungsgerichtshof über die Verfassungswidrigkeit von Verordnungen auch auf Antrag eines Gerichts. Voraussetzung ist jedoch, dass die Verordnung vom Gericht in der anhängigen Rechtssache unmittelbar anzuwenden oder dass ihre Gesetzmässigkeit in der anhängigen Rechtssache fraglich ist (§ 57 Abs. 2 VfGG).

⁸³ Die Novelle von 1975 behält in Abs. 5 von Art. 89 B-VG die Regelung dem einfachen Gesetzgeber vor. Mit der Novelle BGBl Nr. 311/1976 wurde der alte § 57 VfGG ergänzt.

Die Verfassungsmässigkeit des angefochtenen Gesetzes kann mittelbar, d.h. als Vorfrage, oder unmittelbar Voraussetzung eines Erkenntnisses des antragstellenden Gerichtshofes sein. Das Verfahren wird bei der Überweisung an den Verfassungsgerichtshof unterbrochen⁸⁴. Der Gegenstand der Gesetzesprüfung ist derselbe wie bei der abstrakten Normenkontrolle. Auch die Wirkung auf das Schicksal der verfassungswidrigen Norm ist die gleiche. Abweichungen ergeben sich bei der Wirkung nur im konkreten Fall⁸⁵.

c) Verordnungs- und Gesetzesprüfung von Amtes wegen, wenn der Erlass Voraussetzung eines Urteils des Verfassungsgerichtshofes selbst bildet (insbesondere auch auf Verfassungsbeschwerde hin)

Der Verfassungsgerichtshof muss eine Verordnung oder ein Gesetz von Amtes wegen prüfen, wenn der betreffende Erlass Voraussetzung eines Urteils des Verfassungsgerichtshofes selbst bildet. Damit liegen Initiativrecht und Verwerfungskompetenz in einer Hand. Das Erfordernis der Präjudizialität als Entscheidungsvoraussetzung der Gesetzes- und Verordnungskontrolle wurde durch die Novelle von 1975 erweitert. Nach den Art. 139 Abs. 2 und 140 Abs. 2 B-VG darf der Verfassungsgerichtshof ein eingeleitetes Normenkontrollverfahren auch dann fortsetzen, wenn die Partei klaglos gestellt wird und die Verfassungs- oder Gesetzmässigkeit einer Norm im betreffenden konkreten Rechtsstreit nicht mehr zur Diskussion steht⁸⁶. Auch geht nach der neuen Regelung der Umfang der Verwerfungskompetenz über die im konkreten Rechtsstreit anzuwendende Norm hinaus⁸⁷.

Die Einleitung des Prüfungsverfahrens von Amtes wegen durch den Verfassungsgerichtshof selbst kann in jedem beliebigen verfassungsgerichtlichen Verfahren erfolgen; das jeweilige Verfahren wird dann bis zur Entscheidung unterbrochen⁸⁸.

So unterbricht der Verfassungsgerichtshof im Unterschied zum schweizerischen Bundesgericht und zum deutschen Bundesverfassungsgericht auch das Beschwerdeverfahren, um von Amtes wegen das Normenkontrollverfahren einzuleiten, wenn der Beschwerdeführer behauptet, der Bescheid beruhe auf einem verfassungswidrigen (subjektive Rechte verletzenden) Gesetz, einer verfassungswidrigen Verordnung oder einem rechtswidrigen Staatsvertrag (Art. 144 Abs. 1 B-VG). Es gibt innerhalb des Beschwerdeverfahrens keine direkte Anfechtung genereller Normen⁸⁹. Die Nor-

84 § 62 Abs. 3 VfGG; Adamovich 454 f. Das Überweisungsrecht der in zweiter Instanz berufenen Gerichte wurde erst mit der Verfassungsnovelle von 1975 eingeführt.

85 Die Aufhebung der Norm wirkt rückwirkend auf den konkreten Anlassfall, siehe hinten S. 122 f.

86 Anders jedoch bei der Verfassungsbeschwerde (siehe § 86 VfGG). Vgl. dazu Schreiber 30 ff.

87 Art. 139 Abs. 3 und Art. 140 Abs. 3 B-VG; vgl. dazu hinten zu den rechtlichen Wirkungen der Normenkontrolle S. 117 ff.

88 Melichar (Verfassungsgerichtsbarkeit) 461.

89 Dafür jedoch die neue in Art. 140 Abs. 1 Satz 3 B-VG vorgesehene Möglichkeit.

menkontrolle auf Verfassungsbeschwerde hin ist ausschliesslich konkret. Gemäss Art. 144 Abs. 1 B-VG richtet sich die Verfassungsbeschwerde gegen Bescheide⁹⁰ der Verwaltungsbehörden, soweit der Beschwerdeführer in einem verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht verletzt zu sein behauptet. Anders als in der Schweiz und der Bundesrepublik Deutschland können Gerichtsurteile mit der Beschwerde nicht angefochten werden⁹¹. Die Beschwerde kann erst nach Erschöpfung des Instanzenzuges eingelegt werden (Art. 144 Abs. 2 B-VG)⁹². Die Beschwerdefrist beträgt nach § 82 Abs. 1 VfGG sechs Wochen nach Zustellung des administrativen Bescheides. Legitimiert ist, wer behauptet, durch den Bescheid in einem verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht verletzt zu sein⁹³. Beschwerdegrund ist die Verletzung jedes subjektiven Rechts, das aus einer Verfassungsbestimmung abgeleitet werden kann⁹⁴. Der Verfassungsgerichtshof beschränkt sich bei der Prüfung nicht auf die vom Beschwerdeführer geltend gemachte Verfassungsverletzung⁹⁵. Die Rechtswirkungen der Entscheidung auf die verfassungswidrige Norm selbst beurteilen sich nach dem Normenkontrollverfahren.

B. Rechtsfolgen

Der österreichische Verfassungsgerichtshof prüft wie erwähnt die Gesetzmässigkeit von Verordnungen und die Verfassungsmässigkeit von Gesetzen.

Erachtet er eine Verordnung als gesetzmässig oder ein Gesetz als verfassungsmässig, so weist er den Antrag ab. Eine erneute Anfechtung der Norm ist dann in der Regel ausgeschlossen⁹⁶.

Stellt der Verfassungsgerichtshof hingegen die Gesetzwidrigkeit einer Verordnung oder die Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes fest, so hebt er die Norm auf (§ 59 Abs. 2, § 64 Abs. 1 VfGG). Anlässlich der Inzidentkontrolle darf der Verfassungsrichter Rechtsnormen nicht nur insoweit aufheben, als er sie im hängigen Rechtsstreit anzuwenden hätte. Er hat nach Art. 139 Abs. 3 Satz 2 B-VG die ganze Verordnung aufzuheben, wenn er zur Auffassung gelangt, dass die ganze Verordnung der gesetzlichen Grundlage entbehrt, von einer unzuständigen Behörde erlassen oder in gesetzwidriger Weise kundgemacht wurde. Dasselbe gilt nach Art. 140 Abs. 3 B-VG für Gesetze, wenn sie von einem nach der Kompetenzverteilung nicht

90 Als Bescheide gelten auch sogenannte "faktische Amtshandlungen", die Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt gegen eine bestimmte Person. Die Verfassungsnovelle von 1975 stellt auf das subjektive öffentliche Interesse des einzelnen ab (Schreiber 75 ff.).

91 Vgl. auch Erk.Slg. 7753/1976.

92 Ermacora (Verfassungsgerichtshof) 316 ff.; vgl. auch Erk.Slg. 7553/1975.

93 Siehe zur Legitimation auch Ermacora (Verfassungsgerichtshof) 320 ff.

94 Ermacora (Verfassungsgerichtshof) 330 f.

95 Erk.Slg. 7768/1976.

96 Walter (Verfassung) 750; siehe auch hinten S. 60.

berufenen Gesetzgebungsorgan erlassen oder in verfassungswidriger Weise kundgemacht wurden. Aufhebung bedeutet Vernichtung des bisherigen Rechtsbestandes des als verfassungswidrig erkannten Gesetzes oder der gesetzwidrigen Verordnung oder einzelner Teile davon⁹⁷. Die Entscheidung bewirkt die Vernichtung des Rechtsbestandes für die Zukunft. Bis zum Wirksamwerden der verfassungsgerichtlichen Entscheidung ist die betreffende Norm zwar verfassungswidrig, jedoch gültig. Damit gilt im österreichischen Recht als "einheitliches und fundamentales Prinzip" der Grundsatz der Pro-futuro-Wirkung oder Ex-nunc-Wirkung konstitutiv wirkender verfassungsgerichtlicher Entscheidungen⁹⁸. Auf die vor der verfassungsgerichtlichen Entscheidung verwirklichten Tatbestände ist die verfassungswidrige Norm noch anwendbar, jedoch nur, sofern der Verfassungsgerichtshof in seinem Erkenntnis nicht etwas anderes ausspricht. Damit kann der Verfassungsgerichtshof die Wirkungen normverwerfender Entscheidungen für die Vergangenheit nach eigenem Ermessen bestimmen⁹⁹. Auf den Anlassfall wirkt die Entscheidung immer zurück¹⁰⁰.

Seit der Verfassungsnovelle von 1975 heisst es in Art. 140 Abs. 7 B-VG für die Gesetzesprüfung und analog dazu in Art. 139 Abs. 6 B-VG für die Verordnungsprüfung, dass Gerichte und Verwaltungsbehörden an die Entscheidung des Verfassungsgerichtshofes gebunden sind, d.h., sie haben das betreffende Gesetz oder die betreffende Verordnung nur noch auf die vor der Entscheidung verwirklichten Sachverhalte anzuwenden, wenn nichts anderes bestimmt ist¹⁰¹.

Die Aufhebung des Erlasses, d.h. die Vernichtung seiner Geltungskraft, wird durch das verfassungsgerichtliche Urteil selbst bewirkt; zur Wirksamkeit der Entscheidung bedarf es jedoch der Kundmachung. Das aufhebende Erkenntnis steht dem endgültigen Gesetzesbeschluss gleich, der auch erst durch gehörige "Kundmachung" wirkt¹⁰².

Art. 139 Abs. 5 B-VG und Art. 140 Abs. 5 B-VG verpflichten die zuständige Behörde bei Urteilen über die Gesetzwidrigkeit von Verordnungen und über die Verfassungswidrigkeit von Gesetzen zur unverzüglichen Kundmachung der Aufhebung. Bei der Aufhebung verfassungswidriger Gesetze ist der Bundeskanzler oder der zuständige Landeshauptmann für die Kundmachung der Aufhebung verantwortlich (Art. 140 Abs. 5 B-VG). Aus Gründen der Rechtssicherheit und der Beschleunigung des Verfahrens ist nach erfolgter Verordnungsprüfung die zuständige oberste Behörde des Bundes oder des Landes zur Kundmachung der Aufhebung verpflichtet.

97 Adamovich 457.

98 Schreiber 52.

99 Diese einzigartige verfassungsgerichtliche Gestaltungsbefugnis wurde mit der Verfassungsnovelle von 1975 in Art. 139 Abs. 6 Satz 2 und Art. 140 Abs. 7 Satz 2 B-VG eingefügt.

100 Adamovich 450.

101 Damit hat die Novelle den unbefriedigenden Rechtszustand beseitigt, wonach bisher unterschiedliche Regelungen hinsichtlich der Verordnungs- und Gesetzesprüfung sowie hinsichtlich der Bindung von Verwaltungs- und Gerichtsbehörden an die Entscheidung bestanden.

102 Kafka 246. Es gibt jedoch verschiedene Ansichten darüber, wann die Aufhebung wirksam wird; über das Verhältnis von Urteils- und Kundmachungswirkung ist man sich nicht einig; Novak 100.

Der Verfassungsgerichtshof kann das Inkrafttreten der Aufhebung hinausschieben. Die Frist beginnt mit dem Kundmachungstag zu laufen¹⁰³ und beträgt für verfassungswidrige Gesetze nicht mehr als ein Jahr (Art. 140 Abs. 5 B-VG) und für gesetzwidrige Verordnungen nicht mehr als sechs Monate (Art. 139 Abs. 5 B-VG). In der heutigen Praxis setzt der Verfassungsgerichtshof für das Inkrafttreten der Aufhebung meist eine absolute Frist¹⁰⁴. Wenn "gesetzliche Vorkehrungen erforderlich sind", kann der Verfassungsgerichtshof auch für Verordnungen eine Frist von ebenfalls einem Jahr bis zu deren Aufhebung bestimmen. Während der vom Verfassungsgerichtshof für die Aufhebung des Gesetzes oder der Verordnung angesetzten Frist ist der Erlass so anwendbar, wie wenn er (noch) verfassungsmässig wäre. Vollzugsakte, die aufgrund des betreffenden Erlasses ergehen, sind gültig, jedoch anfechtbar. Gerichte dürfen den verfassungswidrigen Erlass in der Zeitspanne bis zur endgültigen Aufhebung bei der Anwendung nicht einfach ausser acht lassen¹⁰⁵. Selbst alle Tatbestände, die sich noch unter der Geltung des verfassungswidrigen Gesetzes oder der gesetzwidrigen Verordnung ereignet haben, müssen auch noch nach Ablauf der Geltungsdauer des Erlasses nach ihm beurteilt werden¹⁰⁶.

Am Tage des Wirksamwerdens der Aufhebung tritt die gesetzliche Bestimmung wieder in Kraft, die durch den verfassungswidrigen Erlass aufgehoben worden ist. Der Verfassungsgerichtshof kann bestimmen, ob und welche gesetzlichen Bestimmungen wieder aufleben. Damit hat er eine "quasilegislatorische" Befugnis¹⁰⁷. Dabei fragt sich auch, ob Bestimmungen, die durch neue anderslautende Bestimmungen aufgehoben und damit vernichtet werden, überhaupt wieder "aufleben" können. Auch hier gilt es jedoch zu bedenken, dass es sich bei den Rechtsfolgen verfassungsgerichtlicher Entscheidungen vor allem um ein praktisches und nicht um ein rechtstheoretisches Problem handelt. Diese Regelung will der Gefahr der Entstehung gesetzleeren Raumes entgegenwirken.

Nicht immer lebt die alte Regelung wieder auf. Der Verfassungsgerichtshof kann in seiner Entscheidung ausdrücklich anordnen, dass die alte Bestimmung nicht mehr aufleben soll, was er auch oft tut (Art. 140 Abs. 6 B-VG).

103 Novak 113.

104 Adamovich 451.

105 Novak 111 f.

106 Siehe dazu ausführlicher zur zeitlichen Wirkung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen hinten S. 117 ff.

107 Schreiber 64.

2. TEIL

Problematik der Rechtswirkungen verfassungsgerichtlicher Entscheidungen

§ 3 Natur und Arten der Rechtswirkungen verfassungsgerichtlicher Entscheidungen

I. Allgemeines

Ihrer überragenden Stellung wegen müssen verfassungsgerichtliche Entscheidungen im Vergleich zu einfachrichterlichen Entscheidungen mit weiter gehenden Wirkungen als nur gerade mit der formellen und materiellen Rechtskraftwirkung der zivilprozessualen Verfahrenslehre ausgestattet werden. Eine direkte Übertragung von zivil- und strafrechtlichen Entscheidungswirkungen auf verfassungsgerichtliche Entscheidungen ist deshalb nicht gerechtfertigt. Den Eigenheiten verfassungsgerichtlicher Rechtsprechung ist Rechnung zu tragen¹.

Auch Verfassungsgerichtsbarkeit ist Streitentscheidung². Die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung richtet sich jedoch naturgemäss nicht nur an die am Verfahren beteiligten Parteien, sondern an alle Staatsorgane. Verfassungsgerichte sind letzte und oft auch einzige Instanz für Fragen auf Verfassungsebene³. Verfassungsgerichtliche Entscheidungen sind daher hinsichtlich ihrer Rechtswirkungen besonders relevant. Aus der Definition der richterlichen Entscheidung als autoritative Feststellung der in einem konkreten Fall eingetretenen oder anzuordnenden Rechtsfolge lassen sich bereits die beiden wichtigsten Entscheidungswirkungen herauslesen⁴. Die Autorität des Richters lässt den Schluss auf eine bindende Wirkung der Entscheidung auch auf andere Staatsorgane zu, die Einwirkung der Entscheidung auf die Rechtsordnung oder auf ein konkretes Rechtsverhältnis ergibt die Gestaltungswirkung.

Die Funktion der richterlichen Entscheidung ist nicht immer die gleiche. Sie richtet sich nach dem zu klärenden Rechtsverhältnis oder der Rechtslage⁵: Entscheidungen können eine schon bestehende Rechtslage autoritativ feststellen, eine Rechtslage ändern oder eine Partei zu einer Leistung verurteilen. Daraus ergibt sich die von der Zivilprozesslehre entwickelte Dreiteilung der Urteilsarten in Feststel-

1 Hagen (Verfahrenslehre) 59; Rupp 405.

2 Vgl. hinten S. 46 zur Funktion der Rechtsprechung.

3 Hoffmann-Riem 348; Pierandrei 187; Rupp 406; W. Henckel, Prozessrecht und materielles Recht, Göttingen 1970, S. 407 ff.

4 Zum Begriff der Rechtsprechung siehe hinten S. 41 ff.

5 Die herrschende Zivilprozesslehre orientiert sich für die Einteilung der Urteilsarten am Begriff des Rechtsverhältnisses, vgl. Schäffer (Exekution) 198.

lungs-, Gestaltungs- und Leistungsurteile. Diese Lehre beansprucht Geltung für jede Gerichtsbarkeit⁶. Den Urteilen entsprechend gibt es Feststellungs-, Gestaltungs- und Leistungsklagen.

Im Bereich des öffentlichen Rechts hat sich namentlich die Verwaltungsrechtspflege an der Dreiteilung der Klagearten orientiert⁷. Verfassungsgerichte hingegen werden nicht wie Zivil- und Verwaltungsgerichte auf durch Generalklausel vorgesehene Feststellungs-, Gestaltungs- oder Leistungsklage hin tätig⁸. Die Kompetenzen der Verfassungsgerichte werden enumerativ aufgezählt. Die Prozessvoraussetzungen für die einzelnen verfassungsgerichtlichen Verfahren sind wegen der Verschiedenartigkeit verfassungsgerichtlicher Kompetenzen uneinheitlich. Damit gibt es für verfassungsgerichtliche Entscheidungen keine starre Einteilung in Feststellungs-, Gestaltungs- und Leistungsurteile. Selbst innerhalb der gleichen Verfahrensart wird verfassungsgerichtlichen Entscheidungen verschiedene Wirkung beigemessen, beispielsweise innerhalb des Normenkontrollverfahrens einmal konstitutive und einmal deklaratorische, entsprechend der Natur der überprüften Norm. Diese Bemerkungen führen zur Streitfrage nach der Natur verfassungswidrigen Rechts, nach dessen Vernichtbarkeit oder anfänglicher Nichtigkeit⁹.

Verfassungsgerichtliche Entscheidungen erscheinen selten in reiner Form als Rechtsgestaltung, Feststellung oder Verurteilung. Feststellungs- und Gestaltungsurteile enthalten beispielsweise oft verurteilende Elemente¹⁰. Im verfassungsgerichtlichen Verfahren treten naturgemäss die Leistungsurteile in den Hintergrund. Verfassungsgerichtliche Entscheidungen werden daher in der Regel in Entscheidungen mit deklaratorischer Wirkung (den Feststellungsurteilen entsprechend) und in Entscheidungen mit konstitutiver Wirkung (den Gestaltungsurteilen entsprechend) eingeteilt. Entscheidungen wird deklaratorische oder konstitutive Wirkung zugeschrieben, je nachdem, ob sie eine bereits bestehende Rechtslage nur autoritativ feststellen oder ob sie eine Rechtslage gestalten.

Die Gegenüberstellung von deklaratorischer und konstitutiver Wirkung von Entscheidungen ist jedoch fragwürdig. Die für die Unterscheidung massgeblichen Kriterien – namentlich die Änderung der Rechtslage – sind nicht brauchbar.

Es gibt gar keine rein feststellenden Entscheidungen, da allen Entscheidungen bis zu einem gewissen Grade eine weitere Wirkung gemeinsam ist: die Bindungs-

6 Für eine Übertragung auf verfassungsgerichtliche Entscheidungen auch W. Grunsky, *Grundlagen des Verfahrensrechts*, 2. Aufl., Bielefeld 1974, S. 365; Schäffer (Exekution) 198; Pierandrei 101 ff.

7 Die deutsche Verwaltungsrechtslehre kennt für anfechtbare Verwaltungsakte die Anfechtungsklage (Gestaltungsklage) und für nichtige Verwaltungsakte die Feststellungsklage. Für die Art der Klage kommt es auf die Natur des fehlerhaften Staatsaktes an; vgl. §§ 42 und 43 der Verwaltungsgerichtsordnung vom 21. Januar 1960 (BGBl I, S. 17); siehe hiezu insbesondere auch Grunsky (zit. in Anm. 6 hievor) 337 ff.

8 Vgl. auch Hagen (Verfahrenslehre) 55.

9 Vgl. dazu ausführlicher hinten S. 93 f.

10 Z.B. enthalten Normenkontrollentscheidungen als Gestaltungsurteile in Österreich den Befehl an den Bundeskanzler oder den zuständigen Landeshauptmann zur Veröffentlichung der Entscheidung im Gesetzesblatt, siehe vorn S. 23.

wirkung, d.h. die inhaltliche Massgeblichkeit oder allfällige präjudizielle Tragweite einer Entscheidung. Alle Urteile wirken damit in einem gewissen Sinn rechtsgestaltend.

Selbst wenn ein Verfassungsgericht nur eine ohnehin schon bestehende Verbindlichkeit einer am Verfahren beteiligten Partei feststellt, so ergibt sich schon aus der blossen gerichtlichen Feststellung aufgrund von Normen des objektiven Rechts eine Verbindlichkeit auch anderer Personen oder Organe, vor allem staatlicher Behörden oder auch des erkennenden Gerichtes selbst¹¹. Alle in Rechtskraft erwachsenen Urteile wirken somit in einem gewissen Sinne konstitutiv. Hinsichtlich der Wirkung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen ist daher besser nach dem verschiedenen grossen Umfang der konstitutiven Wirkung zu fragen¹². Es kommt auf den Kreis der gebundenen Personen, auf den Umfang ihrer Bindung und bei der Normenkontrolle zudem auf das rechtliche Schicksal der als verfassungswidrig erkannten Norm an.

Man muss sich im klaren sein, zu welchem Zwecke man an der herkömmlichen Lehre der Dreiteilung der Urteilstypen auch im verfassungsgerichtlichen Verfahren festhalten will. Im Zivilprozessrecht besteht der Sinn der Lehre in der abschliessenden Einteilung der Klagearten, in der genauen Umgrenzung des Rechtsschutzsystems. Im verfassungsgerichtlichen Verfahren jedoch gibt es keine abschliessende Einteilung von Klage- oder Antragsarten, die sich dem dreiteiligen Schema anpassen kann.

Die Suche nach feststellenden, gestaltenden und verurteilenden Elementen in verfassungsgerichtlichen Entscheidungen müsste daher einen anderen Sinn haben als im zivilprozessualen Klagesystem. Vornehmlich zwei Aspekte könnten der Dreiteilung für verfassungsgerichtliche Entscheidungen einen Sinn vermitteln: einerseits das Mass der Einwirkung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen auf die anderen Staatsgewalten: Der rechtsgestaltende Urteilsspruch des Verfassungsgerichtes ist im staatlichen Rechtssystem einschneidender als der "nur feststellende"; andererseits die Frage nach der Vollstreckbarkeit verfassungsgerichtlicher Urteile: Gestaltende Urteile bedürfen in der Regel keiner Vollstreckung mehr, weil der gewünschte Zustand schon mit der Entscheidung eintritt; feststellende Urteile sind nicht vollstreckbar; allein Leistungsurteile können nach dem herkömmlichen Vollstreckungsbegriff vollstreckt werden¹³. Für die Vollstreckbarkeit verfassungsgerichtlicher Urteile kann jedoch ebensogut darauf abgestellt werden, ob die Entscheidung die Anordnung eines bestimmten äusseren Verhaltens enthält. Und die Einwirkung verfassungsgerichtlicher Urteile auf das staatliche Rechtssystem lässt sich auch über den Umfang der Bindungswirkung ermitteln. Damit ist die Dreiteilung der Urteilsarten für verfassungsgerichtliche Entscheidungen im wesentlichen entbehrlich.

11 Vgl. auch J. Rüdig, Die Theorie des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens. Die Grundlinien des zivil-, straf- und verwaltungsrechtlichen Prozesses, Berlin/Heidelberg/New York 1973, S. 96.

12 Rüdig (zit. in Anm. 11 hievor) 98, 101.

13 Siehe hinten S. 82 ff.

II. Die Rechtswirkungen im einzelnen

A. Formelle Rechtskraft¹⁴

Die formelle Rechtskraft bedeutet die Unanfechtbarkeit oder Unabänderlichkeit der Entscheidung. Sie ist in der Regel Voraussetzung für die weiteren Urteilstwirkungen und kommt allen Entscheidungen zu.

B. Bindungswirkung oder Feststellungswirkung¹⁵

Die Bindungswirkung einer Entscheidung bedeutet ihre inhaltliche Massgeblichkeit. Sie wird auch Feststellungswirkung genannt; diese Bezeichnung ist jedoch verwirrend, da die Bindungswirkung bis zu einem gewissen Grad nicht nur den Feststellungsurteilen im herkömmlichen Sinn, sondern allen Entscheidungen zukommt; nur hinsichtlich des Umfangs der Bindungswirkung unterscheiden sich die verfassungsgerichtlichen Entscheidungen. Dem Kreis der von der Entscheidung Betroffenen entsprechend gibt es verschiedene Arten oder Stufen der Bindungswirkung:

1. Materielle Rechtskraft¹⁶

Die materielle Rechtskraft ist die Verbindlichkeit der in der Entscheidung ausgesprochenen Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtes oder des Eintretens oder Nichteintretens einer Rechtsfolge für Parteien und Richter in der gleichen Sache.

2. "Bindungswirkung"¹⁷

Die "Bindungswirkung" bedeutet, dass Verfassungsorgane, Gerichte und Verwaltungsbehörden in allen künftigen Fällen an die der Entscheidung zugrunde gelegte, konkretisierte Rechtsnorm präjudiziell gebunden sind. Die "Bindungswirkung" ist ungleich der Präjudizienwirkung im angelsächsischen Rechtskreis, welche eine

14 Die formelle Rechtskraft kann eigentlich nicht als Rechtswirkung, sondern als Eigenschaft von Entscheidungen bezeichnet werden.

15 Siehe hinten S. 52 ff.

16 Siehe hinten S. 53 ff.

17 Siehe hinten S. 64 ff.

strenge formelle Bindung des Richters an die Rechtsprechung der obersten Gerichte beinhaltet¹⁸.

3. "Gesetzeskraft"¹⁹

Die "Gesetzeskraft" ist die einer Normenkontrollentscheidung zukommende Wirkung "für und gegen alle". Durch die "Gesetzeskraft" wird die Entscheidung nicht zum Gesetz. Die "Gesetzeskraft" ist ihrer Natur nach ebenso Gestaltungswirkung wie Feststellungs- oder Bindungswirkung.

C. Vollstreckbarkeit²⁰

Die Vollstreckbarkeit ist diejenige Wirkung einer Entscheidung, welche ihre zwangsweise Durchsetzung ermöglicht. Verfassungsgerichtliche Entscheidungen tragen in der Regel die Vollstreckung in sich selbst.

D. Gestaltungswirkung²¹

Die Gestaltungswirkung bedeutet die Änderung der Rechtslage als Folge einer formell rechtskräftigen Entscheidung²². Sie verdeutlicht den Grad der Einwirkung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen auf die Rechtsordnung und gehört neben der Bindungswirkung zu den wichtigsten Rechtswirkungen verfassungsgerichtlicher Entscheidungen. Insoweit sie die Rechtsordnung ändert, wird sie in der Entscheidformel besonders ausgesprochen.

Die Gestaltungswirkung gehört zu den Tatbestands- oder Nebenwirkungen; sie ist ihre wichtigste Wirkung²³. Die Tatbestandswirkungen sind aus der Existenz des verfassungsgerichtlichen Urteils selbst ableitbar; die Entscheidung mit ihrem be-

18 Der Begriff der "Bindungswirkung" stammt aus der deutschen Lehre und Rechtsprechung zu § 31 Abs. 1 BVerfGG und ist nicht gleichbedeutend mit dem (die "Bindungswirkung" umfassenden) Begriff der allgemeinen Feststellungs- und Bindungswirkung.

19 Siehe hinten S. 76 ff.

20 Siehe hinten S. 82 ff.

21 Siehe hinten S. 91 ff.

22 Rosenberg/Schwab § 150, 4.; Stein/Jonas § 332 II. 3.

23 Die Gestaltungswirkung wird zwar in der Zivilprozesslehre der Tatbestandswirkung gegenübergestellt; vgl. jedoch auch die Einteilung der Urteilswirkungen in Rechtskraft und Gestaltungswirkung bei Hagen (Verfahrenslehre) 64 ff.

stimmten Inhalt ist Tatbestandsmerkmal einer meist materiellrechtlichen Rechtsfolge²⁴.

III. Rechtsgrundlagen der Rechtswirkungen verfassungsgerichtlicher Entscheidungen; Verfahrensrecht und materielles Recht

Die Rechtswirkungen verfassungsgerichtlicher Entscheidungen sind einesteils der Verfassung und andernteils dem Verfassungsgerichtsgesetz eines Landes zu entnehmen: in der Schweiz der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874²⁵ und dem Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943²⁶; in der Bundesrepublik Deutschland dem Bonner Grundgesetz vom 23. Mai 1949²⁷ und dem Gesetz über das Bundesverfassungsgericht vom 12. März 1951²⁸; in Österreich dem Bundesverfassungsgesetz vom 10. November 1920²⁹ und dem Verfassungsgerichtshofgesetz vom 12. Mai 1953³⁰.

Unserem Rechtssystem liegt die Zweiteilung in Verfahrensrecht und materielles Recht zugrunde. Es ist jedoch weder möglich noch wünschenswert, die Rechtswirkungen von Entscheidungen dieser Zweiteilung ganz zu unterwerfen. Die einzelnen Rechtswirkungen sind zwar Institute einesteils des Verfahrensrechts und andernteils des materiellen Rechts, sie sind jedoch eng miteinander verknüpft. Die Bindungswirkung³¹ beispielsweise umfasst sowohl Wirkungen prozessualen wie auch Wirkungen materiellrechtlichen Charakters³².

Die Zivilprozesslehre hat die wechselseitige Beziehung zwischen Verfahrensrecht und materiellem Recht erkannt³³. Verfahrensrechtliche Gesichtspunkte sind lediglich Instrumente für eine ganzheitliche Erfassung von Entscheidungswirkungen; anzustreben ist eine Verbindung von materiellem und formellem Recht. Diese Erwä-

24 Rosenberg/Schwab § 150, 5.; Stein/Jonas § 332 II. 5.

25 SR 101, mehrfach geändert, zuletzt AS 1974, 721; 1975, 1205; 1976, 711, 715, 2001, 2003; 1977, 807, 1849, 2229, 2230, 2231; 1978, 484, 485.

26 SR 173.110, revidiert am 20. Dezember 1968, zuletzt geändert am 23. März 1979, AS 1979, 1172.

27 BGBl I, 1 ff., mit späteren Änderungen.

28 BGBl I, 133, zuletzt geändert am 20. Dezember 1974; BGBl I, 3716.

29 Wiederverlautbarungskundmachung BGBl 1930, 1 ff., mehrfach geändert, zuletzt in BGBl 1974, 444; 1975, 302, 316, 368, 409.

30 BGBl 1953, 85, in der Fassung BGBl 1955, 11; 1956, 171; 1958, 18; 1961, 232; 1964, 185, 297; 1967, 200; 1972, 275; 1976, 311.

31 Siehe hinten S. 52 ff.

32 Die "Bindungswirkung" des § 31 Abs. 1 BVerfGG wird, obwohl sie aus der formellen Rechtskraft fließt, geradezu als ein typisches Institut des materiellen Rechts angesehen; vgl. Hoffmann-Riem 337; Rupp 403 ff.; die Grenzen der materiellen Rechtskraft sind durch prozessuale und materiellrechtliche Faktoren bestimmt.

33 Vgl. hierzu R. Novak, Die Stellung des Zivilprozessrechts in unserer Gesamtrechtsordnung, JBl 1961, 64 ff. (Recht und Rechtsschutz bilden eine untrennbare Einheit) sowie P. Häberle, Die Eigenständigkeit des Verfassungsprozessrechts, JZ 1973, 451 ff.

gungen gelten auch für verfassungsgerichtliche Entscheidungen. Die Grundprinzipien des Verfassungsprozessrechts haben materiellen Verfassungsrang. Es gibt materiellrechtliche Normen mit prozessuellem Tatbestand und prozessrechtliche Normen mit ausserprozessuellem Tatbestand, was als "materielle Implikation" des Verfahrensrechts bezeichnet werden kann³⁴. Die "materielle Implikation" besagt, dass das materielle Recht und die dazugehörige Verfahrensordnung, in der das materielle Recht Entscheidungsmaßstab ist, auf gleichartigen Rechtsvorstellungen beruhen³⁵.

IV. Wirksamkeitsbeginn verfassungsgerichtlicher Entscheidungen

Der Eintritt der Wirksamkeit von Entscheidungen wird von der verfassungsgerichtlichen Verfahrensordnung (OG, BVerfGG, VfGG) bestimmt. Eine Entscheidung hat in der Regel mehrere Rechtswirkungen, die zu verschiedenen Zeitpunkten eintreten können. Bindungs- und Gestaltungswirkung müssen nicht gleichzeitig eintreten. Selbst innerhalb der Bindungs- oder Feststellungswirkung gibt es Unterschiede in der zeitlichen Erfassung der Betroffenen³⁶.

Der Eintritt der Wirksamkeit der Entscheidung hängt für die Prozessparteien von der Bekanntgabe der Entscheidung an sie ab.

Die staatsrechtlichen Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts ergehen in der Regel auf Grundlage eines schriftlichen Verfahrens (Art. 91 OG). Die Bundesgerichtskanzlei teilt nach Art. 37 Abs. 1 OG den Parteien die Entscheidung des Bundesgerichts ohne Verzug im Dispositiv mit³⁷. Nach Art. 38 OG werden die bundesgerichtlichen Entscheidungen mit der Ausfällung rechtskräftig³⁸.

In Österreich werden die Erkenntnisse des Verfassungsgerichtshofes sogleich nach Schluss der mündlichen Verhandlung oder in einer besonderen, den Parteien sofort nach Schluss der Verhandlung bekanntzugebenden öffentlichen Tagsatzung mündlich verkündet³⁹. Wenn eine Verkündung nicht möglich ist, wird das Erkenntnis nach Ermessen des Gerichts auf schriftlichem Weg bekanntgemacht. Der Wirksamkeitsbeginn der Entscheidung fällt jedoch immer erst auf die Zustellung der schriftlichen Ausfertigung⁴⁰.

34 So Hagen (Elemente) 97; vgl. auch Henckel (zit. in Anm. 3 hievor) 407; Häberle (zit. in Anm. 33 hievor) 451 ("Verfassungsprozessrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht").

35 Hagen (Elemente) 97.

36 So sind z.B. Gerichte und Verwaltungsbehörden schon mit der Fällung des Urteils an den Spruch gebunden, die Parteien selbst in der Regel erst mit der schriftlichen Zustellung des Entscheides.

37 Jeder Partei wird zudem eine Ausfertigung mit den vollständigen Entscheidungsgründen zugestellt (Art. 70 Abs. 2 BZPO; diese Vorschrift ist subsidiär anwendbar, wo das OG keine besonderen Bestimmungen über das Verfahren enthält, Art. 40 OG).

38 Über den Umfang der Rechtskraft siehe hinten S. 53 ff.

39 Hagen (Verfahrenslehre) 134.

40 § 416 Abs. 1 Zivilprozessordnung vom 1. August 1895 (RGBl 113/1895) in der geltenden Fassung.

In Deutschland werden die Entscheidungen schriftlich abgefasst, begründet und von den Richtern, die mitgewirkt haben, unterzeichnet. Sie werden sodann, wenn eine mündliche Verhandlung stattgefunden hat, nicht später als drei Monate unter Mitteilung der wesentlichen Entscheidungsgründe öffentlich verkündet (§ 30 Abs. 1 BVerfGG).

Eine allfällige Selbstbindung des Verfassungsgerichts tritt mit der Fällung der Entscheidung ein, eine mögliche Bindung der Verwaltungsbehörden und Gerichte mit deren Kenntnisnahme der Entscheidung.

Das will nicht heissen, dass sich in diesem Zeitpunkt auch immer schon die materielle Rechtsordnung ändert; das hängt vom Eintritt der Gestaltungswirkung ab. Entscheidungen wirken *ex tunc*, *ex nunc* oder *pro futuro*. Insbesondere bei Normenkontrollentscheidungen spielt der Eintritt der Wirksamkeit eine grosse Rolle⁴¹.

Verfassungsgerichtliche Entscheidungen werden mit ihrer Ausfällung formell rechtskräftig⁴².

§ 4 Wesen und Aufgabe verfassungsgerichtlicher Entscheidungen

I. Begriff und Wesen der Verfassungsgerichtsbarkeit

Verfassungsgerichtsbarkeit ist gerichtsförmige Garantie der Verfassung durch ein Gericht¹. Sie beruht auf einer besonderen verfahrensmässigen Ausgestaltung und will den Schutz der Verfassung unmittelbar gewährleisten.

Die Staatsfunktionen sind für den Verfassungsrichter als Rechtsakte greifbar. Der Verfassungsrichter prüft Akte der gesetzgebenden, der vollziehenden und der unteren richterlichen Gewalt auf ihre Verfassungsmässigkeit. Es kommt ihm hierbei die Aufgabe zu, die Prozesse der geschichtlichen Entwicklung im Rahmen der Verfassung zu halten². Dabei ist er an das Recht gebunden. Durch die Bindung an Recht und Gesetz ist der Raum für selbständige richterliche Wertung begrenzt. Deshalb ist

41 Siehe hinten S. 103 ff. zur zeitlichen Wirkung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen.

42 Siehe hinten S. 52.

1 D. Schefold, Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Evangelisches Staatslexikon, 2. Aufl. (Stuttgart/Berlin 1975), hrsg. von H. Kunst/R. Herzog/W. Schneemelcher, S. 2725 ff.; Friesenhahn, Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Handwörterbuch der Sozialwissenschaften (Stuttgart/Tübingen/u.a. 1956–1968), hrsg. von E. von Beckerath/C. Brinkmann/E. Gutenberg u.a., Bd. 11, S. 82 ff.; Th. Maunz, Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Staatslexikon. Recht, Wirtschaft, Gesellschaft, 6. Aufl. (Freiburg 1957–1970), hrsg. von der Görres-Gesellschaft, Bd. 8, S. 128 ff.; zum Begriff der Verfassungsgerichtsbarkeit siehe auch P. Häberle, Einleitung in: Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 6; Nef (Sinn und Schutz) 204a f.; Kottusch 11 f.

2 Häberle, Einleitung in: Verfassungsgerichtsbarkeit, 11.

Verfassungsgerichtsbarkeit nicht in gleichem Masse politisch wie Gesetzgebung. Politik in der Verfassungsgerichtsbarkeit kann jedoch nicht verneint werden³.

Der Verfassungsrichter überprüft staatliche Rechtsakte auf ihre materielle und formelle Übereinstimmung mit der Verfassung. Die Verfassung enthält als oberste rechtliche Grundordnung des Staates grundlegende Rechtssätze über Organisation und Funktionsweise der Staatsgewalt und über die Rechtsstellung des einzelnen. Sie ist durch ihre höchste Stellung im Stufenbau der innerstaatlichen Rechtserlasse und die Bedeutung der geregelten Gegenstände im Verhältnis zur übrigen Rechtsordnung ausgezeichnet⁴. Schutzobjekt der Verfassungsgerichtsbarkeit ist in der Regel die Verfassung im formellen Sinn; bei der formellen Überprüfung von Rechtsakten ist jedoch die Verfassung im materiellen Sinn Prüfungsmaßstab⁵.

Die Verfassungsgerichtsbarkeit dient in erster Linie der Wahrung des objektiven Verfassungsrechts. Damit schützt der Verfassungsrichter gleichzeitig die in der Verfassung niedergelegten Rechte des einzelnen. Alle Verfahrensarten, selbst die Verfassungsbeschwerde des einzelnen, dienen letztlich der Wahrung des objektiven Verfassungsrechts⁶.

3 So insbesondere Triepel 51 ff.; vgl. im weiteren Häberle, Einleitung in: Verfassungsgerichtsbarkeit, 4 (Verfassungsgerichtsbarkeit sei als Teilverfahren des politischen Prozesses im Gesamtsystem eine politische Funktion; es gehe um die Frage, welche Politik der Verfassungsinterpretation aus der Verfassung entwickelt werde); E. Kaufmann, Die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit (Auszug), in: Verfassungsgerichtsbarkeit, 145 f., auch in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 9 (1952), 1 ff. (Die politischen Fragen seien von der Verfassungsgerichtsbarkeit ausgeschlossen; politisch seien die Fragen, für die keine Rechtsnormen bestünden); Draht (181) fordert vom Richter eine grosse innere Freiheit, auch gegenüber dem eigenen politischen Standort; nach Geiger (Lage 452) hat die verfassungsgerichtliche Entscheidung als Rechtsentscheidung ihre politische Wirkung, weil sie die Verfassungsmässigkeit der politischen Entscheidung des Parlamentes zum Gegenstand hat; vgl. auch R. Wassermann, Der politische Richter, München 1972; E. Benda, Das Bundesverfassungsgericht im Spannungsfeld von Recht und Politik, Zeitschrift für Rechtspolitik 1977, 1 ff.; R. Eckertz, Die Kompetenz des Bundesverfassungsgerichts und die Eigenheit des Politischen, in: Der Staat, Bd. 17 (1978), 183 ff.; K. Redeker, Legitimation und Grenzen richterlicher Rechtsetzung, NJW 1972, 409 ff. (Rechtsprechung sei dann, wenn sie als Richterrecht zur Rechtsetzung werde, politische Tätigkeit, 413); zum Problem des judicial self-restraint siehe M. Kriele, Recht und Politik in der Verfassungsrechtsprechung, NJW 1976, 777 ff.; zum Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Schweiz unter Vermeidung einer Politisierung der Justiz siehe insbesondere auch W. Haller 522 ff.

4 Zum Begriff der Verfassung siehe insbesondere W. Kägi, Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates, Habilitationsschrift Zürich 1945; P. Badura, Verfassung, in: Evangelisches Staatslexikon (zit. in Anm. 1 hievior) 2708 ff.; H. Krüger, Verfassung, in: Handwörterbuch der Sozialwissenschaften (zit. in Anm. 1 hievior), Bd. 11, S. 72 ff.; U. Scheuner, Verfassung, in: Staatslexikon (zit. in Anm. 1 hievior), Bd. 8, S. 117 ff.

5 Die Verfassung im materiellen Sinn umfasst sämtliche Rechtssätze, die ihrem Inhalt nach Einrichtung und Ausübung der Staatsgewalt grundlegend regeln. Sie ist gewissermassen die Prozessordnung der Gesetzgebung (Marcic, Verfassung 33); darunter fällt auch die in einfachen Gesetzen enthaltene Ordnung des Gesetzgebungsverfahrens.

6 Unter diesem Gesichtspunkt ist auch die Tendenz zur Ausdehnung der Parteifähigkeit für bestimmte verfassungsgerichtliche Verfahren verständlich, so z.B. die durch die Reform von 1975 in Österreich eingeführte Erweiterung der Parteifähigkeit bei der Verfassungsbeschwerde nach Art. 144 B-VG, welche damit einer Populärbeschwerde nahe kommt; siehe vorn S. 18 f.

Der Verfassungsrichter entscheidet über Fragen der Anwendung der Verfassung⁷. Verfassungsnormen sind als Grundgerüst des Staates allgemein formuliert; sie enthalten mehr noch als einfachgesetzliche Normen allgemeine Begriffe und Regeln. Für den Verfassungsrichter ist damit die Bindung an Recht und Gesetz lockerer als für andere Richter. Er hat Gelegenheit, eine eigene schöpferische Tätigkeit zu entfalten; er ist jedoch der Verfassung unterworfen; selbst wenn er den Urteilsspruch nicht aus einer bestimmten Norm schöpfen kann, so hat er auf das Verfassungsganze Rücksicht zu nehmen.

Damit hat der Verfassungsrichter auf das Staatsleben grösseren Einfluss als der Zivilrichter, weshalb er auch die Folgen seiner Entscheidung zum voraus bedenken muss.

Die Verfassungsgerichtsbarkeit entfaltet nicht nur deshalb so grosse Wirkungen, weil sie Streitentscheidung auf höchster Rechtsstufe ist, sondern weil die Entscheidungen mit einschneidenden Sanktionen behaftet sein können. Das scheint ohne weiteres verständlich aus der Einsicht heraus, dass verfassungswidrige Normen nichtige Normen sein sollen, wird jedoch problematisch, wenn man bedenkt, in welchem Masse der Verfassungsrichter damit in die Rechte des Gesetzgebers eingreift.

II. Formen der Verfassungsgerichtsbarkeit

Es wurde festgestellt, dass Verfassungsgerichtsbarkeit in erster Linie Schutz der Verfassung bedeutet. Nicht jede gerichtliche Verfahrensart ist jedoch vordergründig auf das gleiche Rechtsgut gerichtet. Die Verfassung kann in unterschiedlicher Weise Gegenstand richterlicher Rechtsfindung sein.

Für die verfassungsgerichtlichen Verfahrensarten hat sich die Einteilung Friesenhahns⁸ durchgesetzt: Er nennt als Kernbestand der Verfassungsgerichtsbarkeit die drei Grundformen Organstreit, Normenkontrolle und Verfassungsbeschwerde. Diese drei Grundformen können sich überschneiden und sind eigentlich aus einer logischen Qualifikation verfassungsgerichtlicher Tätigkeit ableitbar. Sie ergeben sich jeweils aus dem Blickwinkel, unter dem das verfassungsgerichtliche Verfahren betrachtet wird: Normenkontrolle aus der Sicht des Richters als Bewahrer objektiven Verfassungsrechts, die Verfassungsbeschwerde aus der Sicht des einzelnen, die Organ- und Kompetenzstreitigkeiten aus der Sicht der Verfassungsorgane⁹.

Die gleiche verfassungsrechtliche Frage kann in verschiedenen Verfahren auftauchen¹⁰.

7 Zur Rechtsanwendung durch den Verfassungsrichter siehe hinten S. 41 ff.

8 Friesenhahn (Wesen und Grenzen) 131.

9 Friesenhahn (Wesen und Grenzen) 133; vgl. auch Marcic (Verfassung) 93 ff.

10 Z.B. in der Schweiz die Verletzung einer Kompetenzbestimmung der BV durch einen Kanton; diese kann durch staatsrechtliche Beschwerde des einzelnen oder im Kompetenzkonfliktverfahren zwischen Bund und Kanton gerügt werden.

Neben den erwähnten drei Grundformen gibt es noch zahlreiche andere Verfahrensarten, ohne dass eine abschliessende Aufzählung möglich wäre: Wahlprüfung, Prüfung der Verfassungswidrigkeit einer Partei, Verfahren bei Verwirkung der Grundrechte usw.

Die Normenkontrolle durchdringt fast alle verfassungsgerichtlichen Verfahren, ja, sie gehört zum Wesen der Verfassungsgerichtsbarkeit selbst. Macht und Kompetenzen des Verfassungsrichters bemessen sich meist nach Umfang, Ausgestaltung und Wirkung der Normenkontrolle. Aus ihr heraus ergeben sich die Konflikte zwischen Richter und Gesetzgeber. Die Normenkontrolle verändert bis zu einem gewissen Grade das Wesen der Rechtsprechung innerhalb der Verfassungsgerichtsbarkeit.

Rechtswirkungen verfassungsgerichtlicher Entscheidungen sind deshalb insbesondere unter dem Blickwinkel der Normenkontrolle zu betrachten¹¹.

III. Zur Ausgestaltung der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Schweiz, der Bundesrepublik Deutschland und Österreich aus vergleichender Sicht

Der Gedanke der Bewahrung der Verfassungsrechtsordnung hat nicht in allen drei Ländern die gleiche Verwirklichung gefunden. Die Schweiz und die Bundesrepublik Deutschland sind in gewisser Hinsicht geradezu Gegenpole.

In der Bundesrepublik Deutschland steht das Moment der objektiven Verfassungswahrung im Vordergrund. Die Verfassungsbeschwerde tritt an Bedeutung hinter Organstreit und Normenkontrollverfahren zurück. Aus historischer Sicht haben vornehmlich zwei Komponenten dazu beigetragen, dass das Institut der Verfassungsgerichtsbarkeit beinahe umfassend verwirklicht ist: die konstitutionelle Monarchie des 19. Jahrhunderts und die Auflösung der Weimarer Republik.

Der Begriff des Verfassungsstreites entstand bereits in der konstitutionellen Monarchie des 19. Jahrhunderts. Er bedeutete damals Streitigkeiten zwischen der monarchischen Regierung und der Volksvertretung¹². Der Staatsgerichtshof hatte über beidseitige Rechte und Pflichten zu entscheiden.

Dass im Bonner Grundgesetz in Art. 93 bei der Aufzählung der Kompetenzen des Bundesverfassungsgerichtshofes an erster Stelle die Schlichtung "von Streitigkeiten über den Umfang der Rechte und Pflichten eines obersten Bundesorganes" aufgeführt wird, ist jedoch auch noch aus einem andern historischen Grund verständlich. Deutschland hat aus der Geschichte gelernt, als es zusehen musste, wie sich gegen Ende der Weimarer Republik die Rechtsordnung durch den Missbrauch von Rechten und die Vernachlässigung von Pflichten seitens der Staatsorgane all-

11 Vgl. zu den einzelnen Verfahrensarten, insbesondere zur Normenkontrolle vorn S. 4 ff.

12 Friesenhahn (Wesen und Grenzen) 134 f.

mählich auflöste. In der heutigen deutschen Verfassungsordnung wird daher versucht, möglichen Verfassungsverletzungen nach allen Seiten zuvorzukommen.

In der Schweiz steht der Individualrechtsschutz an erster Stelle. Das staatsrechtliche Beschwerdeverfahren bildet den eigentlichen Kern der schweizerischen Verfassungsgerichtsbarkeit¹³. Aus der Verwirklichung des demokratischen Gedankens als dem obersten Prinzip entsteht die Gefahr einer Tyrannei der Mehrheit¹⁴. Durch die staatsrechtliche Beschwerde ist es einer Minderheit in einem Staate möglich, sich gegen Übergriffe der Mehrheit auf verfassungsmässig garantierte Rechte zu wehren¹⁵.

In der Schweiz ist die staatsrechtliche Beschwerde zum eigentlichen Ersatz einer umfassenden Verfassungsgerichtsbarkeit geworden. Sie ist so ausgebaut, dass sie auch Normenkontrolle und Schlichtung von Organstreitigkeiten sein kann, wofür ausserdem auch eigene Verfahren vorgesehen sind. Die staatsrechtliche Beschwerde schützt nicht nur die Freiheitsrechte, sondern auch die politischen Rechte¹⁶, den Grundsatz der derogatorischen Kraft des Bundesrechts¹⁷, den Grundsatz der Gewaltentrennung¹⁸ und den Grundsatz rechtsstaatlichen Handelns im Rahmen von Art. 4 BV¹⁹.

In der Bundesrepublik Deutschland und in Österreich bietet die Verfassungsbeschwerde nur gerade Schutz gegen die Verletzung verfassungsmässiger Rechte im Sinne der Grundrechte²⁰. Allerdings ist auch bei der österreichischen Verfassungsbeschwerde seit der Verfassungsnovelle von 1975 ein Hang zur Objektivierung des Instituts sichtbar.

Die Anfänge der österreichischen Verfassungsgerichtsbarkeit reichen bis in die österreichisch-ungarische Monarchie von 1867 zurück. Seit 1919 hat es jedoch zahlreiche Revisionen gegeben. Die österreichische Verfassungsgerichtsbarkeit ist insbesondere durch Kelsen nachhaltig geprägt worden²¹; ihrem Einfluss hat sich auch die deutsche Verfassungsgerichtsbarkeit nicht entziehen können²². Trotzdem ist der verfassungsgerichtliche Schutz in Österreich kleiner als in der Bundesrepublik Deutschland. Für Kompetenzkonflikte und Normenkontrollverfahren beschränkt sich der Kreis der Verfahrensbeteiligten auf Regierungen des Bundes und der Länder.

13 Vgl. auch H. Nef, Die Wertordnung der schweizerischen Bundesverfassung, Zürich 1961.

14 Vgl. hiezu die grundlegenden Überlegungen von Alexis de Tocqueville, *De la Démocratie en Amérique*, hrsg. von J.-P. Mayer, 2 Bde., 2. Aufl., Paris 1951; Ed. Gallimard (Bd. I, S. 261, 267).

15 Vgl. auch Antonioli 201.

16 Z.B. die sogenannte Stimmrechtsbeschwerde gemäss Art. 85 lit. a OG (BGE 99 Ia 52, 188, 402; 98 Ia 64, 203).

17 BGE 99 Ia 504; 98 Ia 491.

18 BGE 99 Ia 535, 697; 98 Ia 105, 112, 281.

19 Das Bundesgericht hat seine Rechtsprechung zu Art. 4 BV in beachtlicher Weise weiterentwickelt. BGE 98 Ia 1, 337 (rechtliches Gehör); BGE 98 Ia 140, 179, 345 (Willkürverbot); BGE 98 Ia 460 (Treu und Glauben); BGE 98 Ia 110 (Akteneinsicht).

20 Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, N 65 zu Art. 93 GG; Schuler 76 f.

21 Vgl. hiezu seine grundlegende Abhandlung (zit. im Literaturverzeichnis).

22 Zweigert 67.

Besonderen Schutz genießt die Ordnung der vertikalen Gewaltenteilung, das Verhältnis von Bund und Ländern, dessen Schutz neben dem Organstreit die Einrichtung der präventiven Normenkontrolle dient, ebenso letztlich auch die repressive abstrakte und konkrete Normenkontrolle. Daneben gibt es die konkrete Normenkontrolle von Bundes- und Landesrecht und die Verfassungsbeschwerde²³.

Die Ausgestaltung der Verfassungsgerichtsbarkeit und der Rechtswirkungen verfassungsgerichtlicher Entscheidungen, die sich an die gerichtliche Feststellung der Verfassungswidrigkeit einer Norm knüpfen, hängt in jedem Land eng mit der Vorstellung zusammen, die sich das betreffende Land von Sinn und Funktion verfassungsgerichtlicher Kontrolle macht; das wiederum hängt von der Wirkungskraft und Bedeutung der Verfassung und der Stellung der Staatsorgane ab.

Um das Ausmass der Rechtswirkungen verfassungsgerichtlicher Entscheidungen verstehen zu können, genügt es nicht, die Arten verfassungsgerichtlicher Verfahren und die damit geschützten Rechtsgüter aufzuzählen, es kommt auch auf den Umfang der richterlichen Prüfungsbefugnis, der unterschiedlichen Überprüfbarkeit von Erlassen und die in einem verfassungsgerichtlichen Verfahren zur Anfechtung eines Hoheitsaktes Berechtigten an.

So haben beispielsweise das deutsche und das österreichische Verfassungsgericht einen weiteren Blickwinkel, unter dem sie die Verfassungswidrigkeit eines Erlasses prüfen können, als das schweizerische Bundesgericht. Wenn das deutsche Bundesverfassungsgericht die Gültigkeit einer Norm zu überprüfen hat, nimmt es stets eine umfassende Prüfung vor²⁴. Im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde kann das Gericht von Amtes wegen auch die Übereinstimmung des angefochtenen Gesetzes mit anderen als den vom Beschwerdeführer aufgeführten Verfassungsbestimmungen prüfen²⁵. Allerdings können auch in Deutschland gerichtliche Entscheidungen auf Verfassungsbeschwerde hin nicht in jeder Richtung nachgeprüft werden. Die Auslegung und Anwendung des einfachen Rechts im Hinblick auf den konkreten Fall ist grundsätzlich Sache des dafür zuständigen Gerichts. Das Bundesverfassungsgericht beschränkt sich auf die Prüfung, ob das angefochtene Urteil auf einer Verletzung von Grundrechten beruht²⁶.

Der österreichische Verfassungsrichter prüft, wenn er das Beschwerdeverfahren unterbricht, um ein Gesetz oder eine Verordnung auf die Verfassungsmässigkeit bzw. Gesetzmässigkeit zu überprüfen, ob nach jeder Richtung hin ein verfassungsmässig gewährleistetes Recht des Beschwerdeführers verletzt wird. Die Kontrolle beschränkt sich nicht nur auf die in der Beschwerde geltend gemachte Verletzung verfassungsmässiger Rechte²⁷. Hingegen hält sich der Verfassungsgerichtshof nach seiner ständigen Rechtsprechung nicht für berechtigt, im Rahmen der Normen-

23 Siehe vorn S. 17 ff.

24 Dies ist jedenfalls die Regel; siehe Schuler 222 f.

25 BVerfGE 6, 385; 48, 79.

26 BVerfGE 42, 290.

27 Vgl. Melichar (Verfassungsgerichtsbarkeit) 470; Erk.Slg. 7768/1976, 7382/1974, 7670/1975.

kontrolle auf Antrag eines Gerichts hin bei seiner Entscheidung auch Bedenken aufzugreifen, die das antragstellende Gericht nicht geltend gemacht hat²⁸.

Demgegenüber prüft das schweizerische Bundesgericht gewissermassen mit unterschiedlicher "Sehschärfe" je nach Art der Verfassungsverletzung²⁹. So wird in staatsrechtlichen Beschwerdeverfahren eine Norm oft nur unter dem beschränkten Blickwinkel der Willkür geprüft, obwohl ein Parteiantrag auf Feststellung der Verfassungswidrigkeit der betreffenden Norm ergangen ist. Ungeachtet der zahlreichen Einschränkungen einer wirksamen Verfassungsgerichtsbarkeit kommt der schweizerischen Verfassungsrechtsprechung auf dem Gebiet des Grundrechtsschutzes und der richterlichen Fortbildung von Verfassungsrecht und Gesetzesrecht jedoch eine grosse Bedeutung zu.

Wohl die grösste Schranke für einen umfassenden verfassungsgerichtlichen Schutz bildet in der Schweiz die Regelung, dass gemäss Art. 113 Abs. 3 BV Staatsverträge, Bundesgesetze und allgemeinverbindliche Bundesbeschlüsse vom Bundesgericht überhaupt nicht auf ihre Verfassungsmässigkeit überprüft werden dürfen. Es fehlt nicht an Stimmen, die versucht haben, in juristischer oder praktischer Hinsicht die Tragweite von Art. 113 Abs. 3 BV abzuschwächen. Imboden wollte verfassungswidrige Bundesgesetze wenn möglich durch verfassungskonforme Auslegung in den Rahmen der Verfassungsmässigkeit zurückführen³⁰. Er wollte des weiteren Art. 113 Abs. 3 BV nur auf Bundesgesetze angewandt wissen, "deren Fehlerhaftigkeit im Vorgang der Gesetzesentstehung beschlossen liegt, die also gegen bundesstaatliche Kompetenznormen, gegen blosse Gesetzgebungsdirektiven oder gegen formelle Verfassungsgrundsätze verstossen", und nicht auf Gesetze, die in ihrem Inhalt den Grundrechten widersprechen³¹. Seine Lehrmeinung hat sich jedoch in der Praxis nicht durchsetzen können, da sie dem Sinn von Art. 113 Abs. 3 BV zu widersprechen scheint, was schon die Entstehungsgeschichte von Art. 113 Abs. 3 BV zeigt³².

Gegen die praktische Bedeutung von Art. 113 Abs. 3 BV wird oft ausgeführt, die Beschränkung der Überprüfbarkeit hätte in der Rechtswirklichkeit gar keine grosse Bedeutung, da das Parlament, das ja einen Eid auf die Verfassung geschworen habe, Hüter der Verfassung sei und daher kein verfassungswidriges Recht setze. Dabei wird übersehen, dass das Parlament nicht nur aus Verfassungsrechtlern besteht und dass die Gefahr des Erlasses verfassungswidriger Gesetze in späteren Zeiten, z.B. in Krisenzeiten, wieder steigen kann³³.

Bei den Revisionsbestrebungen für den Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit geht und ging es vor allem immer um die Streichung von Art. 113 Abs. 3 BV. Die Arbeitsgruppe für die Vorbereitung einer Totalrevision der BV wirft denn auch die

28 Erk.Slg. 8005/1977, 6598/1971, 7382/1974, 7670/1975.

29 Zur freien und beschränkten Kognitionsbefugnis des Bundesgerichts siehe Gygi 164 ff.

30 Imboden (Verfassungsgerichtsbarkeit) 264.

31 Imboden (Verfassungsgerichtsbarkeit) 264 f.

32 Zur Entstehungsgeschichte siehe Fleiner 3a f.; W. Haller 501 ff.

33 Nef (Sinn und Schutz) 175a ff.

Frage auf, ob es wünschenswert erscheine, den Umfang der Verfassungsgerichtsbarkeit zu erweitern, insbesondere Art. 113 Abs. 3 zu streichen und ein selbständiges Verfassungsgericht zu errichten³⁴.

Die Diskussion um die Überprüfbarkeit von Bundeserlassen reicht aber schon viel weiter zurück. 1923 wurde die Motion de Rabours, 1924 die Motion Scherer (später in ein Postulat umgewandelt) eingereicht; 1939 lehnten Volk und Stände eine Volksinitiative von 1936 für die Erweiterung der Verfassungsgerichtsbarkeit ab³⁵.

Wegen der kleineren Anzahl von Verfahrensarten und der beschränkten Überprüfbarkeit verfassungswidriger Erlasse lässt sich die schweizerische Verfassungsgerichtsbarkeit freilich nicht mit gleichem Massstab messen wie die viel weiter ausgebauten Verfassungsgerichtsbarkeit der Bundesrepublik Deutschland oder Österreichs. Eine rechtsvergleichende Arbeit über die verfassungsgerichtliche Kontrolle, insbesondere über ihre Rechtswirkungen der Entscheidungen, kann jedoch gleichwohl fruchtbar sein, zeigt sich doch einerseits, wie weit die schweizerische Staatslehre im Rahmen der Revisionsbestrebungen für eine erweiterte Verfassungsgerichtsbarkeit noch gehen darf, ohne mit den gleichen bedeutenden Problemen bei den Rechtswirkungen von Entscheidungen konfrontiert werden zu müssen wie die Bundesrepublik Deutschland und Österreich; umgekehrt soll die gegenwärtige schweizerische Lösung aus der Sicht des demokratischen Prinzips und der Gewaltenteilungslehre die deutschen und österreichischen Probleme der Rechtswirkungen verfassungsgerichtlicher Entscheidungen vor Augen führen.

Bei einer vergleichenden Betrachtung der Verfassungsgerichtsbarkeit in den drei Ländern ist zu bedenken, dass es in der Bundesrepublik Deutschland und Österreich neben der Überprüfung von Gliedstaatserlassen auch um die Überprüfung von Bundeserlassen geht; das Kräftespiel von Überprüfer und Überprüftem spielt sich somit nicht immer auf gleicher Ebene ab wie in der Schweiz. Handelt es sich in der Bundesrepublik Deutschland und in Österreich auch um ein Kräfteverhältnis von Gesetzgebung und Rechtsprechung auf Bundesebene, um die Beziehung der verschiedenen Gewalten auf gleicher Stufe, so geht es in der Schweiz fast nur um die Beziehung Bund – Kantone. Das Problem der horizontalen Gewaltenteilung steht in der schweizerischen Lösung im Hintergrund. Der Akzent liegt auf dem föderalistischen Gedanken, dem Über- und Unterordnungsverhältnis von Bund und Kantonen, der Durchsetzung des Grundsatzes "Bundesrecht bricht kantonales Recht".

34 Schlussbericht der Arbeitsgruppe für die Totalrevision der Bundesverfassung, Bd. VI, Bern 1973, S. 415 ff. Für einen Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Schweiz hat sich bereits Fleiner (siehe insbesondere seine Schlussthese S. 34a f.) ausgesprochen.

35 Vgl. Schlussbericht (zit. in Anm. 34 hievon) 410 ff.; siehe auch den Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung über das Postulat Scherer betreffend Anfechtung von Bundesbeschlüssen und bundesrätlichen Erlassen vom 27. Dezember 1928, BBl 1929 I, 1 ff., sowie den Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung über das Volksbegehren für die Erweiterung der Verfassungsgerichtsbarkeit vom 17. September 1937, BBl 1937 III, 5 f. Für den historischen Überblick siehe auch Aubert No. 444–446; Fleiner 1a ff.; Nef (Sinn und Schutz) 210a ff.; Panchaud 62a ff.

Das Problem der Gewaltenteilung und der Lehre von den angestammten Funktionen ist jedoch auch in der schweizerischen Verfassungsgerichtsbarkeit gegenwärtig. Es stellt sich überall, wo der Richter Rechtsakte anderer Organe überprüft. Auch der schweizerische Verfassungsrichter greift in Akte der gesetzgebenden Gewalt ein. Je nach Intensität der Rechtswirkungen von richterlichen Entscheidungen wird damit die gesetzgebende Gewalt in unterschiedlichem Masse betroffen. Die richterliche Rechtsanwendung, insbesondere die Auslegung und Fortbildung von Verfassungsrecht, ruft jedoch in allen drei Ländern immer nach der Frage der richterlichen Aufgabe und der Grenzen ihrer Macht. In diese verfassungsgerichtliche Problematik zielen die Rechtswirkungen von Entscheidungen mitten hinein.

§ 5 Intensität und Grenzen der Einwirkung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen auf die Rechtsordnung und die anderen Staatsorgane

Einleitung

Die ganze Problematik verfassungsgerichtlicher Rechtsprechung liegt letztlich in der Vermutung einer Durchbrechung der klassischen Gewaltenteilungslehre und des Demokratieprinzips. In der Verfassungsgerichtsbarkeit tritt eine allfällige Antinomie zwischen Demokratie und Rechtsstaat in Erscheinung.

Es soll im folgenden versucht werden, die typischen Wesensmerkmale von Rechtsprechung und Rechtsetzung aufzuzeigen, um die beiden Funktionen gegeneinander abzugrenzen und ihren Platz im staatlichen Funktionensystem zu bestimmen. Durch die wachsende Funktionenverschränkung wird es zunehmend schwieriger, eine Standortbestimmung der Funktionsträger vorzunehmen.

Es fragt sich, inwieweit die klassische Gewaltenteilungslehre und der herkömmliche Rechtsprechungsbegriff Stellung und Aufgaben des Verfassungsrichters noch zu genügen vermögen und ob nicht die sich besonders in Normenkontrollentscheidungen und der Fortbildung von Verfassungsrecht offenbarende verfassungsgerichtliche Macht die herkömmlichen Staatsstrukturen sprengt.

Die Stellung des Richters, insbesondere des Verfassungsrichters, hängt weitgehend nicht nur von seinen Kompetenzen, sondern von den von seinen Entscheidungen ausgehenden Rechtswirkungen ab. Das wird bei der gerichtlichen Überprüfung verfassungswidriger Gesetzgebungsakte besonders deutlich, mit deren Aufhebung der Richter sozusagen einen "contrarius actus" zur Rechtsetzung erlässt. Dass durch die bloße Aufhebung von Rechtsnormen jedoch noch nicht von Rechtsetzung und damit von Funktionenverschränkung die Rede sein kann, wird im folgenden zu zeigen sein. Der herkömmliche Rechtsprechungsbegriff geht immerhin davon aus, dass Rechtsprechung *Rechtsanwendung* sei, welche Tätigkeit wesensmässig eine Rechtsnorm bereits voraussetzt. Damit wird für die Abgrenzung von

Rechtsetzung und Rechtsprechung die normative Bindung des Richters an das Recht zum entscheidenden Kriterium. Auch da, wo der Richter nicht Recht anwenden kann, weil möglicherweise gar keine Norm vorhanden ist, wird er sich jedoch an Wertentscheidungen des Gesetzgebers orientieren müssen. Gerade in Kenntnis der richterlichen Macht gilt es immer wieder, die Grenzen der Rechtsprechung vor Augen zu führen.

I. Begriff und Wesen der Rechtsprechung, insbesondere der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung

Rechtsprechung im formellen Sinn ist jede richterliche Tätigkeit¹, die Summe der den Spruchgerichten gesetzlich zugewiesenen Funktionen. Der formelle Rechtsprechungsbegriff wird dem Wesen der Rechtsprechung jedoch nicht gerecht. Der Richter übt neben der Rechtsprechung im materiellen Sinn auch Rechtsetzungs- und Verwaltungsfunktionen aus; Teile der Regelung der eigenen notwendigen Gerichtsorganisation, die Verwaltungsgeschäfte sowie der ganze Prozessbetrieb liegen beispielsweise in den Händen des Richters. An Bedeutung gewinnt der formelle Rechtsprechungsbegriff allenfalls aus rechtsstaatlicher Sicht, weil er besagt, dass die rechtsprechende Funktion nur durch den Richter ausgeübt werden dürfe². Im übrigen enthält er nur die überflüssige Aussage, dass die rechtsprechende Funktion dem Richter anvertraut sei³. Es ist daher näher auf den materiellen Rechtsprechungsbegriff einzugehen:

Rechtsprechung im materiellen Sinn wird nach der herkömmlichen Lehre als streitentscheidende Rechtsanwendung definiert. Nach dem massgeblich von Friesenhahn mitgeprägten Rechtsprechungsbegriff stellt der Richter in einem konkreten Rechtsstreit als unbeteiligter Dritter fest, was das Gesetz gebietet⁴. Es fragt sich, inwieweit diese Definition auch für die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung zu trifft. Unbestritten ist wohl, dass auch der Verfassungsrichter als unbeteiligter Dritter angerufen wird. Der Richter handelt im Gegensatz zur Verwaltung, zu deren

1 Bettermann (Gerichtsverfassungsrecht) 497.

2 Streitentscheidende Regierungs- und Verwaltungsakte sind deshalb rechtsstaatlich nur untragbar, wenn die erste Instanz am Rechtsstreit nicht beteiligt war; vgl. Bettermann, Rechtsprechung, rechtsprechende Gewalt, in: Staatslexikon (zit. in Anm. 1 § 4), S. 2017.

3 Siehe auch Schmidt 11; Achterberg 209.

In der Bundesrepublik Deutschland ist der Begriff der rechtsprechenden Gewalt im Sinne des Art. 92 GG umstritten. Das Bundesverfassungsgericht hat sich in BVerfGE 22, 73 ff. zum materiellen Rechtsprechungsbegriff bekannt, und zwar erst nach langem Festhalten am formellen Rechtsprechungsbegriff; vgl. hierzu Schmidt-Bleibtreu/Klein, N 2 zu Art. 92 GG; Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, N 20 ff. zu Art. 92 GG (für den rein formellen Rechtsprechungsbegriff).

4 Friesenhahn (Rechtsprechung) 27; Bettermann, Rechtsprechung, rechtsprechende Gewalt, in: Evangelisches Staatslexikon (zit. in Anm. 1 § 4), S. 2017; ders. (Gerichtsverfassungsrecht) 496 ff.; Achterberg 210; zum Stand der Lehre siehe allgemein Schmidt 29 ff.

notwendigen Begriffselementen ebenfalls die Rechtsanwendung gezählt wird, nicht im öffentlichen Interesse, sondern in Verwirklichung des positiven Rechts⁵. Es stellt sich jedoch gerade für die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung die Frage, ob auf sie das Element der Rechtsverwirklichung durch Rechtsanwendung noch zutreffe oder ob sich die Verfassungsgerichtsbarkeit nicht dadurch vom ursprünglichen Rechtsprechungsbegriff entfernt habe, dass sie nicht mehr nur Rechtsanwendung ist, sondern insbesondere durch die Möglichkeit der Normenkontrolle und der Rechtsfortbildung vermehrt auch Elemente der Rechtsetzungsfunktion enthält. Auch fragt es sich, ob bei der Normenkontrolle, bei der nicht ein Sachverhalt an einer Norm, sondern eine Norm an einer Norm geprüft wird, überhaupt noch von einem konkreten Rechtsstreit gesprochen werden kann. In der Schweiz ist das Problem nicht so offenkundig wie in Deutschland und Österreich; auch das schweizerische Bundesgericht überprüft jedoch Rechtsnormen auf ihre Verfassungsmässigkeit, wenn auch meist nur auf staatsrechtliche Beschwerde hin.

Nach dem herkömmlichen Rechtsprechungsbegriff ist Rechtsprechung dem Wesen nach Rechtsanwendung, d.h. ein konkreter Fall wird unter eine Rechtsnorm subsumiert und daraus die Rechtsfolge abgeleitet, die als Entscheidung herausgeht⁶. Eine Entscheidung gilt demnach als autoritativer Ausspruch der im einzelnen Fall eingetretenen oder anzuordnenden Rechtsfolge, als Ergebnis einer Denktätigkeit, die in der Feststellung des Sachverhaltes und in der Anwendung des objektiven Rechts auf ihn besteht⁷.

Die richterliche Tätigkeit besteht jedoch keineswegs nur aus der "sylogistischen subsumierenden Deduktion"⁸ der Entscheidung aus dem Recht. Der Richter verfügt nicht immer über eine klare, vorgegebene Norm; oder zumindest ist eine solche nicht immer gleich ersichtlich. Die Schwierigkeit für die richterliche Rechtsanwendung liegt darin, den richtigen Obersatz zu finden, woraus der Untersatz abgeleitet werden kann; sie liegt nicht in der Deduktion, sondern in der Suche nach der Norm in ihrer richtigen Bedeutung⁹.

Eine Rechtsnorm ist unterschiedlich in ihrer Aussagekraft. Es gibt wohl gesetzliche Regelungen, die eine genaue Urteilsanweisung des Gesetzgebers an den Richter enthalten. Eine Norm kann aber auch unklar oder unvollständig sein. Oft wird der Richter auch nur aufgefordert, überhaupt zu entscheiden, indem beispielsweise auf das richterliche Ermessen, die guten Sitten oder auf Treu und Glauben verwiesen wird.

5 Siehe Menger, System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 1954, S. 25.

6 Bettermann, Rechtsprechung, rechtsprechende Gewalt, in: Evangelisches Staatslexikon (zit. in Anm. 1 § 4), S. 2018; Friesenhahn (Rechtsprechung) 26; G. Oetli, Grenzen der Gerichtsbarkeit im sozialen Rechtsstaat, Berlin 1971; Esser 30; Henke 449 ("Nicht die Anwendung des Gesetzes macht den Richter, sondern die Beschränkung seiner Entscheidung über Recht und Unrecht auf den Einzelfall").

7 Rosenberg/Schwab S. 258; vgl. auch Guldener 30, 242.

8 Kriele 47.

9 Esser 28, 30 ff.

Im Schrifttum wird oft betont, dass jeder Anwendung des Gesetzes dessen Auslegung vorangehe¹⁰. Das ist insofern richtig, als man von der logischen Voraussetzung ausgehen muss, dass auch da, wo der Gesetzestext klar erscheint, die Norm bereits ausgelegt worden ist, da durch Auslegung entschieden worden ist, dass die Norm keiner (weiteren) Auslegung bedarf¹¹.

Wenn eine Norm selbst keinen Schluss über ihren Sinn und Zweck zulässt oder mehrere Zwecke oder mehrere Mittel, um den vorgesehenen Zweck zu erreichen, vorsieht, ist der Richter frei, dem Gesetz – nach der rechtschöpfenden oder kreativen Methode – die seiner Meinung nach gerechteste Bedeutung zu geben. Damit verlässt er den Boden der blossen Auslegungstätigkeit. Oft kann der Richter seine Entscheidung auch überhaupt nicht aus einem Normtext ableiten. Denn er hat aus dem Sinneszusammenhang ermittelt, dass eine Gesetzeslücke vorliegt¹². Dennoch ist er aufgefordert zu entscheiden. Dann hat er den gesetzgeberischen Gedanken in selbständiger Rechtsfindung durch Werte zu ergänzen. Die Rechtsanwendung läuft damit auf ein Weiterdenken der gesetzgeberischen Idee aus dem Gesetzesganzen hinaus¹³.

Verfassungsgerichte entscheiden über die Anwendung der Verfassung. Verfassungsnormen sind im Vergleich zu anderen Gesetzesnormen unbestimmter und lassen mehr Raum für Auslegung und Rechtschöpfung¹⁴. Eine präzise Subsumtion unter die sehr allgemeinen Rechtsbegriffe der Verfassung ist oft nicht möglich¹⁵. Der Verfassungsrichter geniesst daher im Vergleich zu den übrigen Richtern mehr Freiheit, trägt jedoch auch eine grössere Verantwortung. Diese Freiheit ist gleichwohl beschränkt durch die Bindung an die Verfassung. Verfassungsrechtsprechung setzt Ermittlung des Gehalts der Verfassung voraus¹⁶.

Die Freiheit des Richters ist ausserdem durch die vorgegebene Thematik seines Wirkungskreises begrenzt. Er hat eine bestimmte Rechtsfrage in einem konkreten Rechtsstreit, der ohne sein Zutun an ihn herangetragen wird, zu beurteilen¹⁷.

10 Esser 43 ff.

Zum wertorientierten Denken im Bereich der Rechtsanwendung siehe auch Larenz (Methodenlehre) 194 ff.

11 Germann (Probleme) 66.

12 Esser 177 ff.

13 So auch Draht 166: Durch Auslegung konkretisiere der Richter das Recht nicht nur, sondern entfalte eine eigene schöpferische Tätigkeit, ein selbständiges Weiterdenken des Willens des Verfassungsgesetzgebers aus dem Geist der Verfassung heraus; vgl. auch Esser 181 f.; Noll 51 (Der Verfassungsrichter setze wohl in erhöhtem Mass Recht im Vergleich zu den übrigen Richtern; er setze jedoch nicht Zwecke im Hinblick auf die Gestaltung der gesellschaftlichen Wirklichkeit, sondern entscheide Konflikte.); vgl. auch W. Haller 511 ff.

14 Selbst wenn die Verfassung wenig echte Lücken enthält, Aubert No. 321.

15 Henke 439; Draht 166.

16 Vgl. dazu grundlegend Starck; scharfe Kritik erfährt die These von der Bindung des Richters an die Verfassung durch E. Denninger, Staatsrecht I, Hamburg 1973, S. 25 ff.; für ihn ist die Bindung des Richters an die Verfassung ein Leerbegriff mit politisch-sozialer und dogmatischer Funktion; vgl. auch Draht 162 sowie L. Adamovich, Die verfassungsmässige Funktion des Richters, ÖJZ 1954, 409 ff.

17 Siehe hiezu auch Tocqueville (zit. in Anm. 14 § 4), Bd. 1, S. 100 f.

Zusammenfassend kann verfassungsgerichtliche Rechtsprechung charakterisiert werden als Anwendung von Verfassungsrecht auf einen konkreten Sachverhalt, welcher auch eine Norm sein kann. Dabei genießt der Verfassungsrichter im Vergleich zum einfachen Richter grössere Entscheidungsfreiheit, da ihm das Verfassungsrecht wesensmässig einen grösseren Bewegungsrahmen belässt. Auch der Verfassungsrichter hat sich jedoch unter Berücksichtigung der der Verfassung immanenten Werte an die gesetzgeberische Entscheidung zu halten. Bedingt durch die unterschiedliche Aussagekraft des verfassungsrechtlichen Obersatzes bewegt er sich bei der Entscheidung auf verschiedenen Stufen der Rechtsanwendung, welche bis zur Rechtsschöpfung gehen kann. Seine Freiheit ist jedoch begrenzt durch die Wertentscheidung des Verfassungsgebers und den Sachverhalt der an ihn zur Entscheidung herangetragenen Rechtsfrage. Um eine Abgrenzung verfassungsrichterlicher Tätigkeit zur Rechtsetzung vornehmen zu können, ist im folgenden kurz auf das Wesen der Rechtsetzung einzugehen.

*II. Begriff und Wesen der Rechtsetzung*¹⁸

Rechtsetzung ist nach der klassischen¹⁹ Definition der von einem Organ des Gemeinwesens ausgehende Erlass einer Regel, nach der sich das Zusammenleben in der Gemeinschaft zu richten hat²⁰. Sie ist die Setzung von Vorschriften mit generell-abstraktem Charakter, welche sich auf eine unbestimmte Vielzahl von Gegenständen beziehen und an eine unbestimmte Vielzahl von Adressaten richten²¹.

Rechtsetzung beinhaltet die Setzung von Zielen und Werten. Der "inhaltsentleerte" Rechtssatzbegriff genügt zwar am ehesten dem demokratischen Prinzip, sagt aber nichts über die Gestaltungsfreiheit des Normsetzenden aus²². So hat sich denn der Rechtsetzungsbegriff im Laufe der Zeit von einem neutralen, inhaltsleeren zu einem anspruchsvolleren, wertbezogenen gewandelt²³. Dem Gesetzgeber stellen sich auch soziale Aufgaben. Er hat sich überdies nach den verfassungsgestal-

18 Es geht hier nicht um eine umfassende Klärung des Rechtsetzungsbegriffs. Ausserdem handelt es sich nur um den materiellen Rechtsetzungsbegriff, da in diesem Zusammenhang nur von Bedeutung ist, ob es sich bei der Verfassungsrechtsprechung auch um materielle Rechtsetzung handelt, und da die Frage nach dem Träger der Funktion schon beantwortet ist.

19 Auch rechtsstaatlicher, konventioneller, logischer, rechtstheoretischer oder rechtsphilosophischer Gesetzgebungsbegriff genannt; vgl. U. Meyer-Cording, Die Rechtsnormen, Tübingen 1971, S. 23.

20 W. Schick, Gesetz, Gesetzgebung, in: Evangelisches Staatslexikon (zit. in Anm. 1 § 4), S. 842 ff. (843).

21 Germann (Probleme) 49; M. Imboden, Das Gesetz als Garantie rechtsstaatlicher Verwaltung, Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Heft 38, Basel 1954, S. 39.

22 Achterberg 204.

23 Siehe U. Meyer-Cording (zit. in Anm. 19 hievor); auch Esser, Einführung in die Grundbegriffe des Rechts und Staates, Wien 1949, insbesondere S. 127: "Die Bedeutung des neuzeitlichen Gesetzesbegriffs ist in erster Linie eine politische."

tenden Grundentscheidungen zu richten. Je zahlreicher die rechtlichen Vorschriften sind, die den Gesetzgeber einschränken, desto mehr nähert sich die Rechtsetzung der blossen Rechtsanwendung²⁴. Gleichwohl wäre es übertrieben, von der Rechtsetzung als von der Anwendung der Verfassung zu sprechen²⁵. Der Gesetzgeber hat immer noch einen verhältnismässig grossen Entscheidungsspielraum. In der Gesetzgebung gibt es auch originäre, freie und unkontrollierbare Bereiche. Auch entscheidet der Gesetzgeber selber, inwieweit und ob überhaupt er tätig werden will²⁶.

Abschliessend gesehen kommt dem Gesetzgeber eine relativ erhebliche Entscheidungsfreiheit zu, obgleich er bei der Setzung von Normen nicht frei von Werten und Zielen handeln kann.

III. Zur Abgrenzung verfassungsgerichtlicher Rechtsprechung gegenüber der gesetzgebenden Gewalt. Verfassungsgerichtsbarkeit und Gewaltenteilung

Gegen das Institut der Verfassungsgerichtsbarkeit wird vorgebracht, verfassungsgerichtliche Rechtsprechung beinhalte Rechtsetzung im materiellen Sinn und durchbreche das Prinzip der Gewaltenteilung. Argumente hiezu liefern einerseits die verfassungsrichterliche Tätigkeit an sich und andererseits die Rechtswirkungen, die von den verfassungsgerichtlichen Entscheidungen ausgehen.

Die Gewaltenteilung bedeutet einerseits Gewaltentrennung, d.h. verfassungsrechtliche Verteilung der materiellen Staatstätigkeiten auf verschiedene Staatsorgane, und andererseits Gewaltenhemmung, d.h. verfassungsrechtliche Verleihung von Befugnissen an die einzelnen Staatsorgane zur Kontrolle über die Tätigkeit der anderen Staatsorgane²⁷. Mit einigem Recht wollen einzelne Autoren wie E.-W. Böckenförde oder Achterberg den Begriff der Gewaltenteilung überhaupt vermeiden, da die einheitliche Gewalt weder geteilt noch getrennt sein könne; geteilt sei nicht die Staatsgewalt, sondern die Staatstätigkeit, woraus verschiedene Staats-

24 Schick, Gesetz, Gesetzgebung (zit. in Anm. 1 § 4) 845; Noll 76, 103 ff.

25 Vgl. auch Henke 433 f.

26 In diesem Zusammenhang fragt es sich, inwieweit der Gesetzgeber bei Verfassungsaufträgen zum Tätigwerden gezwungen werden kann.

27 Achterberg 108 ff.; M. Draht, Die Gewaltenteilung im heutigen deutschen Staatsrecht, in: Zur heutigen Problematik der Gewaltentrennung, hrsg. von H. Rausch (Darmstadt 1969), 21 ff. (37); H. Peters, Die Gewaltentrennung in moderner Sicht, in: Zur heutigen Problematik der Gewaltentrennung, 78 ff. (79/80); P. Schneider, Zur Problematik der Gewaltenteilung im Rechtsstaat der Gegenwart, in: Zur heutigen Problematik der Gewaltentrennung, 153 ff. (154/155); K. Loewenstein, Das Gleichgewicht zwischen Legislative und Exekutive: eine vergleichende verfassungsrechtliche Untersuchung, in: Zur heutigen Problematik der Gewaltentrennung, 210 ff. (227); W. Steffani, Gewaltenteilung im demokratisch-pluralistischen Rechtsstaat, in: Zur heutigen Problematik der Gewaltentrennung, 313 ff. (316); M. Imboden, Gewaltentrennung als Grundproblem unserer Zeit, in: Zur heutigen Problematik der Gewaltentrennung, 487 ff. (489).

funktionen resultierten²⁸. Die Gewaltenteilungslehre setzt denn auch eine Funktionenlehre voraus, und die Frage geht dahin, inwieweit die einzelnen Funktionen überhaupt unterschieden werden können²⁹.

Durch die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung wird die Verfassung konkretisiert. Das wertende und das schöpferische Element gehören zum Wesen der Verfassungsrechtsprechung. Diese reicht von der Sinndeutung bis zur Sinngebung von Verfassungsnormen. Das schöpferische Element kann sogar überhandnehmen³⁰. Dadurch wird das Richterrecht zur Rechtsquelle³¹.

Verfassungsgerichtliche Entscheidungen von allgemeiner Tragweite und Bedeutung über den Einzelfall hinaus beanspruchen Wirkung auch auf andere Staatsorgane, auf Gerichte und Behörden, unter Umständen auch auf alle Rechtsunterworfenen. Nicht nur die richterliche Tätigkeit an sich, sondern auch ihre Entscheidungswirkungen sind daher für das Verhältnis von Rechtsprechung und Gesetzgebung von Bedeutung. Inwieweit verfassungsgerichtliche Entscheidungen zu einer Funktionenverschränkung führen, hängt damit auch von deren Wirkungen ab. Entscheidungen können eine über den einzelnen Rechtsstreit hinausgehende Wirkung entfalten, wobei Gesetzgeber, Gerichte und Behörden in allen künftigen Fällen an die der Entscheidung zugrunde gelegte, konkretisierte Rechtsnorm präjudiziell gebunden sind³². Ausserdem können Verfassungsgerichte verfassungswidrige Rechtsnormen aufheben: Die Bundesrepublik Deutschland kennt das Institut der rückwirkenden Nichtigserklärung verfassungswidrigen Rechts; der österreichische Verfassungsgerichtshof hebt verfassungswidrige Normen ex nunc oder pro futuro auf; das schweizerische Bundesgericht behilft sich je nach abstrakter oder konkreter Normenkontrolle mit der förmlichen Feststellung der Verfassungswidrigkeit der Norm oder deren Aufhebung³³.

Die stärkstmögliche Funktionenverschränkung stellt in jeder Hinsicht die verfassungsgerichtliche Normenkontrolle dar. Zunächst ist überhaupt umstritten, inwieweit die Kontrolle von Normen mit der richterlichen Tätigkeit als Streitentscheidung in einem konkreten Fall vereinbar ist. Mit Recht wird jedoch gesagt, dass bei der Normenkontrolle der Sachverhalt ganz einfach eine Norm sei, der Einzelfall, auf den die Verfassung angewandt werde³⁴. Gleichwohl befindet sich der Richter an der Grenze echter richterlicher Rechtsfindung, wenn er abstrakte Rechtsfragen

28 Achterberg 108 ff.

29 H. Mangoldt/F. Klein, Das Bonner Grundgesetz (Kommentar), 2. Aufl., Berlin/Frankfurt a.M. 1957, N V 5b zu Art. 20 GG.

30 Meier-Hayoz (Richter) 2 ff., 181 ff., 238 ff.; Hans Peter Schneider 10 ff.; Germann (präjudizielle Tragweite) 297 ff.; Ipsen (insbesondere 1. Teil); Eichenberger (Unabhängigkeit) 194 ff.; Stahl 162.

31 Dabei wird das Richterrecht jedoch nicht zur eigenständigen Rechtsquelle mit Gesetzescharakter, siehe hinten S. 47 Anm. 39.

32 Siehe hinten S. 64 ff.

33 Siehe hinten S. 104 ff., 117 ff., 126 ff.

34 Vgl. auch Hoffmann-Riem 348 (ein konkreter Fall liegt nicht nur dann vor, wenn um bestimmte subjektive Rechte oder Rechtsverhältnisse gestritten wird, sondern auch, wenn eine Entscheidung über die Geltung und über den Inhalt objektiven Rechts begehrt wird).

löst³⁵. Die Rechtsfrage ist jedoch selbst bei der Normenkontrolle umgrenzt. Der Richter darf nicht mehr entscheiden, als in dem an ihn herangetragenem konkreten Fall nötig ist. Er hat keine eigene Initiative. Sein Handeln ist durch das Verfassungsprozessrecht beschränkt und durch den Sachverhalt, der ihm unterbreitet wird. Wesensmerkmal der Verfassungsgerichtsbarkeit ist ihre besondere verfahrensmässige Ausgestaltung. Die Verfassungsinterpretation durch den Verfassungsrichter ist auf das Prozessrecht angewiesen.

Der Gesetzgebungscharakter der Normenkontrolle wird vor allem mit der besonderen Struktur der Verfassung begründet³⁶, mit ihrer Unbestimmtheit und Sanktionslosigkeit. Henke³⁷ bezeichnet die Interpretation einer Norm bereits dann als Rechtsetzung, wenn sie im allgemeinen geschieht. Der Richter ist jedoch in der Auslegung nicht frei, er ist an Recht und Gesetz gebunden. Ohne gesetzgeberische Vorentscheidung gibt es keine Rechtsprechung. Der Richter entscheidet unter Wertgebundenheit. Rechtsetzung durch Rechtsprechung bewegt sich daher immer in Grenzen³⁸. Richterrecht ist daher keine Rechtsquelle mit eigener Normierungsdomäne, sondern kann höchstens den Normbestand erweitern³⁹. Der Bewertungsrahmen wird vom Gesetzgeber gesteckt. Von der Aufgabe der Gesetzgebung selbst sind der richterlichen Rechtsfortbildung und Rechtsschöpfung Grenzen gesetzt⁴⁰.

Die richterliche Gewalt leitet ihre Existenz aus den gleichen Grundideen der staatlichen Gemeinschaft ab wie die anderen Funktionen; sie muss denn auch im Sinne des Verfassungsgebers Recht sprechen. Aus ihrer besonderen Funktion heraus unterscheiden die Justiz jedoch zwei Momente von den anderen Staatsfunktionen: Der Richter ist in erster Linie Streitschlichter; damit er überhaupt entscheiden kann, muss ein "konkreter" Streitfall vorliegen. Überdies darf der Richter von sich aus keinen Streitfall aufgreifen; er muss immer warten, bis er angegangen wird.

Bekanntlich hat bereits Alexis de Tocqueville diese für die richterliche Gewalt charakteristischen Leitsätze in seiner 1835 erschienenen "Démocratie en Amérique" niedergelegt⁴¹.

Tocqueville hat allerdings noch eine dritte These aufgestellt: Der Richter könne nie ein Gesetz als solches für verfassungswidrig erklären, sondern nur seine Wirkung

35 H. Spanner, Die richterliche Prüfung von Gesetzen und Verordnungen, Wien 1951, S. 63.

36 Draht 180.

37 Über die einzelnen Theorien siehe Schmidt 123.

38 Henke 450.

39 Noll 50; J.M. Wintrich, Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gesamtgefüge der Verfassung, in: Verfassungsgerichtsbarkeit, 214 ff. (215) (weil dem Richter die Kompetenz zur generell-abstrakten Rechtsetzung fehle, sei das Richterrecht keine eigenständige Rechtsquelle, soweit es sich nicht zum Gewohnheitsrecht entwickelt habe); a.M. Redeker (zit. in Anm. 3 § 4) 413 (Richterrecht, welches in der Fortbildung durch Rechtsanwendung bestehe, sei richterliche Rechtsetzung und daher inhaltlich legislative Tätigkeit).

40 Vgl. Esser 177 ff.; Starck 67 (Rechtsprechung wolle Individualisierung des Gesetzes auf den Einzelfall und eine möglichst gerechte Entscheidung; sie sei ein Aliud im Verhältnis zur Gesetzgebung, welche eine abstrakte, auf Dauer berechnete Regelung sei).

41 Siehe Anm. 17 hievor.

für den einzelnen Fall, der vor Gericht stehe, aufheben; wenn er dies mit dem gleichen Gesetz mehrmals tue, komme dieses von selbst ausser Anwendung⁴². Gerade dieser letzten These hat die Lehre von der Verfassungsgerichtsbarkeit in den kontinentaleuropäischen Staaten im Gegensatz zum amerikanischen Verfassungsgerichtshof nicht ganz folgen können. Nicht nur die Tätigkeit des Verfassungsrichters selbst, sondern auch die Wirkungen seiner Entscheidungen, seine Sanktionsmöglichkeiten bei der Entdeckung verfassungswidrigen Rechts, sind deshalb für das Verhältnis von Rechtsprechung und Gesetzgebung relevant geworden. Gleichwohl ist auch für die Betrachtung der Entscheidungswirkungen die richterliche Tätigkeit an sich von Bedeutung, weil zwischen dem Sinn verfassungsgerichtlicher Kontrolle und ihren Entscheidungswirkungen ein untrennbarer Zusammenhang besteht.

Durch die vorige Betrachtung wird deutlich, dass die Wirkungen von Entscheidungen auch keinen rechtsetzenden Charakter haben können, wenn schon die verfassungsgerichtliche Prüfung für sich allein nicht Rechtsetzung ist. Denn die Wirkungen verfassungsgerichtlicher Entscheidungen sind nur die reine Konsequenz eines umfassenden verfassungsgerichtlichen Schutzes, welcher in der Entscheidung ausgesprochen wird. Es fehlt das Moment der freien Setzung objektiven Rechts.

Die stärksten Wirkungen gegenüber der gesetzgebenden Gewalt gehen wiederum von verfassungsgerichtlichen Normenkontrollentscheidungen aus. Denn bei der Überprüfung formeller Gesetze entfalten gerichtliche Entscheidungen eine den konkreten Rechtsstreit überragende Wirkung auf den Gesetzgeber, auf Gerichte und Behörden. Wie weit diese Wirkung in rechtlicher, nicht in faktischer Hinsicht geht, sei vorderhand dahingestellt.

Selbst bei einer umfassenden Wirkung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen auf andere Staatsorgane ist zu bedenken, dass der Grund ihrer Verbindlichkeit nur in der Norm selbst liegt, die im verfassungsgerichtlichen Entscheid richtig erkannt, ausgelegt oder fortgebildet wird. Der Richter entscheidet Rechtsfragen nicht losgelöst vom vorgelegten Fall, sondern nur soweit sie für den konkreten Rechtsstreit von Bedeutung sind. Dabei kommt der Richter nur seiner ureigensten Funktion und Aufgabe als Rechtsanwender und -bewahrer nach.

Die verfassungsrechtlich garantierten Rechte werden am stärksten durch die gesetzgebende und die ausführende Gewalt bedroht. Die richterliche Gewalt erscheint am ehesten geeignet, eine Kontrolle über die Einhaltung der verfassungsrechtlichen Bestimmungen auszuüben. Die Legitimation hiezu entnimmt der Richter der Idee der Gewaltenteilung, nämlich dem Gedanken der Gewaltenhemmung. Der Schutz der verfassungsmässigen Ordnung vor einer Verletzung durch die Legislative oder Exekutive ist eine rechtsstaatliche Forderung, welche über das demokratische Prinzip hinaus dem Gedanken des Gewaltenteilungsprinzips des 18. Jahrhunderts nachlebt. Der Verfassungsrichter wirkt damit der Idee der Gewaltenteilung nicht entgegen, sondern steht in deren Dienst.

42 Tocqueville, zit. in Anm. 14 § 4, Bd. 1, S. 100/101.

Einer Norm, die an höchstrichterlicher Stelle ausgelegt wird, kommt erhöhte Verbindlichkeit zu, da der Gesetzgeber selbst diese Norm nicht mehr auslegen darf. Wenn der Verfassungsrichter eine Norm auf alle Seiten hin auf ihre Verfassungsmässigkeit geprüft hat⁴³, kommt der richterlichen Entscheidung daher in gewissem Sinne "Gesetzeskraft" zu⁴⁴. Gesetzeskraft will jedoch noch nicht heissen, dass die Entscheidung selbst zum Gesetz wird, sondern nur, dass sie "für und gegen alle" wirkt. Von normverwerfenden Entscheidungen, welche die Aufhebung der Rechtsnorm zur Folge haben, werden alle betroffen, währenddem die Gesetzeskraft für normbestätigende Entscheidungen bedeutet, dass die Auslegung eines Gesetzes verbindlich festgelegt wird. Entscheidungen sind für alle massgebend, die die geprüfte Norm etwas angeht⁴⁵. Aus der Aufhebung einer Norm allein lässt sich noch nicht ableiten, dass diese auch ein Gesetzgebungsakt sein müsse⁴⁶. Für die Beantwortung dieser Frage kommt es auf den Gesetzesbegriff an: Wenn Gesetzgebung – wie oben dargelegt wurde – die freie Setzung und Gestaltung objektiven Rechts unter Verwirklichung gewisser Werte und Ziele ist, so folgt daraus, dass die verfassungsgerichtliche Aufhebung von Normen niemals Gesetzgebung sein kann; der Verfassungsrichter ist auf die Kontrolle einer ihm zur Beurteilung auf ihre Übereinstimmung mit den vom Verfassungsgeber gesetzten Werten und Zielen vorgelegten Norm beschränkt. Ausserdem wird durch die verfassungsgerichtliche Aufhebung in der Regel eine Norm beseitigt, welche gegen den vom Verfassungsgeber garantierten Freiheitsbereich des einzelnen verstösst, so dass mit der verfassungsrichterlichen Entscheidung der Zwang nicht erweitert, sondern gelockert wird. Der Verfassungsrichter hat nur eine negative, abwehrende Kontrolle darüber, ob sich die Verfassungsorgane in den ihnen vom Verfassungsgesetzgeber gesetzten Schranken halten. Er entscheidet eine konkrete Rechtsfrage. Die Frage, ob und inwieweit staatliches Handeln gebunden sei, ist eine Rechtsfrage auch dann, wenn sich der Richter durch die Anwendung auslegungsbedürftiger Rechtsbegriffe an der Grenze echter richterlicher Rechtsfindung bewegt. Das Verfassungsgericht ist und bleibt Kontrollorgan, es fehlt ihm die Befugnis zur freien Setzung und Gestaltung objektiven Rechts⁴⁷. Der Verfassungsrichter hat keine eigene Initiative, er ist beschränkt und dirigiert durch den vorgelegten Sachverhalt⁴⁸.

Allerdings kann er in beschränktem Umfang die Wirkungen seiner Entscheidungen selber festlegen. Verfassungsgerichtliche Entscheidungen haben nicht immer

43 Was allerdings längst nicht mehr der Fall ist wegen der weitgehenden Einschränkung der Kognitionsbefugnis, vor allem in der Schweiz; vgl. hiezu Marti 157 ff.; Gygi 164.

44 Vgl. § 31 Abs. 2 BVerfGG, woher auch der Begriff stammt.

45 Siehe hinten S. 76 ff.

46 Vgl. hiezu allerdings die österreichische Lehre, welche bis zu einem gewissen Grad im Widerspruch zur deutschen und zur schweizerischen steht; so insbesondere Kafka, Die legislative und die prozessuale Funktion des Normenkontrollverfahrens vor dem Verfassungsgerichtshof, ÖJZ 1966, 178 f. (Vortrag); vgl. auch Wintrich (zit. in Anm. 39 hievor) 216.

47 Achterberg 147.

48 Wintrich (zit. in Anm. 39 hievor) 215.

nur rein kassatorische Funktion⁴⁹, insbesondere dann nicht, wenn der Richter die verfassungsmässige Lage nicht schon mit der Aufhebung des verfassungswidrigen Hoheitsaktes herstellen kann, sondern dazu noch eine positive Anordnung treffen muss. Oft bedarf es bei der Aufhebung verfassungswidriger Normen auch ergänzender Weisungen an den Gesetzgeber. Dabei muss sich der Verfassungsrichter jedoch äusserste Zurückhaltung auferlegen. Niemals darf er einen Akt anstelle eines Gesetzgebungsaktes setzen, er kann dem Gesetzgeber höchstens Handlungsanweisungen erteilen; auch diese können jedoch niemals rechtlich verbindlich sein, da der Gesetzgeber gemäss der ihm zugewiesenen Funktion innerhalb des verfassungsmässigen Rahmens Entscheidungsfreiheit genießt.

Rechtswirkungen verfassungsgerichtlicher Entscheidungen rufen besondere Probleme hervor, wenn durch die Aufhebung verfassungswidriger Normen rechtsleerer Raum entsteht oder wenn durch die Beseitigung verfassungswidrigen Rechts neue verfassungswidrige Zustände geschaffen werden. Der deutsche und der österreichische Verfassungsrichter haben es daher bis zu einem gewissen Grad in der Hand, den Zeitpunkt der Aufhebung einer Norm selber zu bestimmen oder eine Norm trotz erkannter Verfassungswidrigkeit in Kraft zu lassen. Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang die österreichische Regelung, wonach der Richter altes, durch die für verfassungswidrig befundene Norm vernichtetes Recht wieder aufleben lassen kann. Damit erhält er eine "quasilegislatorische" Befugnis. Selbst wenn jedoch diese Kompetenz der gesetzgebenden Funktion sehr nahekommt, so kann auch hier nicht von Gesetzgebung durch Rechtsprechung die Rede sein, da der Richter nur vor der Alternative steht, bestimmtes, *vom Gesetzgeber gesetztes Recht* wieder "aufleben" zu lassen oder nicht, ohne dass er in der Setzung des Rechts selbst inhaltlich frei wäre. Es ist jedoch nicht erstaunlich, dass gerade in Österreich das Bewusstsein vom Richter als Gesetzgeber am stärksten verankert ist.

Verfassungsgerichtliche Rechtsprechung ist damit niemals Rechtsetzung im materiellen Sinn, auch da nicht, wo ihre Entscheidungswirkungen am stärksten sind.

Zusammenfassung 2. Teil

1. Rechtswirkungen verfassungsgerichtlicher Entscheidungen sind diesen durch die Rechtsordnung zugeordnete Rechtsfolgen. Von verfassungsgerichtlichen Entscheidungen gehen im wesentlichen folgende Rechtswirkungen aus: die formelle Rechtskraft, die Feststellungs- oder Bindungswirkung, welche die materielle Rechtskraft, die Bindungswirkung im engeren Sinn und die sogenannte Gesetzeskraft von Entscheidungen umfasst, sodann die Vollstreckbarkeit und

schliesslich die Gestaltungswirkung, welche zu den Tatbestandswirkungen gehört.

2. Verfassungsgerichtsbarkeit ist gerichtsförmige Garantie der Verfassung. Ihrem Wesen nach unterscheidet sie sich nicht grundlegend von der übrigen Gerichtsbarkeit.
3. Verfassungsgerichtlicher Rechtsprechung kommt jedoch insofern erhöhte Bedeutung zu, als sie Rechtsprechung auf Verfassungsstufe ist und die Staats-tätigkeit kontrolliert:
 - a) Verfassungsgerichtsbarkeit ist Anwendung der Verfassung, welche als höchste Rechtsstufe die Staatsstruktur festlegt. Verfassungsnormen sind aber in ihrer Aussagekraft ungewisser und unbestimmter als die übrigen Rechtsnormen. Der Verfassungsrichter hat daher grössere Freiheit und gleichzeitig grössere Macht. Der Grund der Verbindlichkeit verfassungsgerichtlicher Entscheidungen liegt in der Norm selbst, die im verfassungsgerichtlichen Entscheid richtig erkannt, ausgelegt und fortgebildet wurde.
 - b) Da Verfassungsgerichtsbarkeit Schutz der Verfassung ist, kommt dem Verfassungsrichter die Stellung eines Kontrollorgans zu. Um diese Kontrolle wirksam ausüben zu können, muss er auch die Möglichkeit haben, auf den als verfassungswidrig erkannten Hoheitsakt einzuwirken. Durch die Sanktion einer Aufhebung generell-abstrakter Erlasse wird der Gesetzgeber in seinem Hoheitsgebiet tangiert.
4. Gleichwohl ist verfassungsgerichtliche Rechtsprechung auch da, wo sie die stärksten Rechtswirkungen entfaltet, nicht Gesetzgebung im materiellen Sinn. Rechtsetzung ist die freie Setzung allgemeiner Normen unter Verwirklichung von Werten und Zielen für eine gerechte Gemeinschaft in einer Vielzahl von Fällen, Rechtsprechung ist der Ausspruch der in einem konkreten Fall eingetretenen oder anzuordnenden Rechtsfolge. Ohne gesetzgeberische Vorentscheidung gibt es keine Rechtsanwendung. Zudem darf der Richter nicht von sich aus tätig werden und nicht mehr entscheiden, als im konkreten Fall nötig ist.
5. Die Verwirklichung einer umfassenden verfassungsgerichtlichen Kontrolle ist ein Postulat des Rechtsstaates, welcher vor der demokratischen Staatsform Ziel des Gewaltenteilungs-, insbesondere des Gewaltentrennungsprinzips ist. Solange sich der Verfassungsrichter bei der Ausübung seiner Kompetenzen Zurückhaltung auferlegt, steht die Verfassungsgerichtsbarkeit daher nicht im Widerspruch, sondern im Dienste der Gewaltenteilungslehre.

Feststellungswirkung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen: Rechtskraft, "Bindungswirkung" und Gesetzeskraft

Einleitung

Die Feststellungs- oder Bindungswirkung¹ ist neben der Gestaltungswirkung die bedeutendste Wirkung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen. Sie bedeutet die inhaltliche Massgeblichkeit oder Verbindlichkeit einer Entscheidung. Mit "Verbindlichkeit" ist die Tatsache gemeint, dass der Inhalt eines Hoheitsaktes als verpflichtend anzusehen ist². Nicht nur generelle Rechtssätze, sondern auch deren Konkretisierung durch die richterliche Entscheidung beanspruchen Geltung, d.h. geistige Macht, vermöge derer sie von den Betroffenen als verbindlich betrachtet werden³.

Verfassungsgerichte wollen als höchste Instanz der Verfassungsauslegung und -anwendung einen Rechtsstreit endgültig und autoritativ beenden. Verfassungsgerichtliche Entscheidungen sind daher in der Regel unanfechtbar. Als unanfechtbare Entscheidungen werden sie bereits mit ihrer Ausfällung (Verkündung) formell rechtskräftig⁴. Die formelle Rechtskraft ist die (relative) Unabänderlichkeit der Entscheidung⁵, ihre Unanfechtbarkeit. Sie ist Voraussetzung für alle Urteilswirkungen, insbesondere für die Bindungswirkung oder Feststellungswirkung.

Verfassungsgerichtliche Entscheidungen erstreben zwar abschliessende Klärung und Rechtsfrieden im Hinblick auf den konkreten Rechtsstreit⁶. Es fragt sich jedoch, wieweit sie darüber hinaus angesichts der Aufgabe und der Stellung des Verfassungsrichters für alle Rechtsanwendungs- oder Gesetzgebungsorgane verbindlich sein sollen. Rechtfertigt die "kontrollierende und einheitsbildende Funktion"⁷ der Verfassungsgerichte eine rechtliche Bindung des Gesetzgebers, der Gerichte und Behörden an höchstrichterliche Entscheidungen?

Die inhaltliche Massgeblichkeit verfassungsgerichtlicher Entscheidungen ist naturgemäss nicht mit der materiellen Rechtskraftwirkung des zivilrechtlichen Verfahrens

1 Die beiden Begriffe werden in der Prozessrechtslehre gleichbedeutend verwendet. Bindungswirkung ist hier als Oberbegriff zu verstehen und nicht mit der "Bindungswirkung" des § 31 BVerfGG gleichzusetzen; die letztere wird daher in Anführungszeichen stehen.

2 Vgl. auch Radek 45 ff.

3 Radek 35; Larenz (Methodenlehre) 151.

4 Anfechtbare Entscheidungen werden mit dem Ablauf der Rechtsmittelfrist oder mit der Abgabe eines Rechtsmittelverzichts formell rechtskräftig. Bekannt ist jedoch dann in der Regel erst das Dispositiv und nicht die Begründung, was sich bei verfassungsgerichtlichen Entscheidungen nachteilig auswirken kann.

5 Guldener 362.

6 Ein konkreter Rechtsstreit liegt auch dann vor, wenn eine Entscheidung über die Geltung und den Inhalt objektiven Rechts ergeht (vgl. Hoffmann-Riem 348).

7 Hoffmann-Riem 358.

gleichzusetzen; im verfassungsgerichtlichen Verfahren ist sie erweiterte materielle Rechtskraftwirkung⁸. Die materielle Rechtskraft allein vermag die Feststellungswirkung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen nicht vollumfänglich wiederzugeben. Zur Feststellungswirkung gehört insbesondere eine allfällige über die Parteien hinausgehende Bindung des Gesetzgebers, der Gerichte und Behörden sowie aller Rechtsunterworfenen überhaupt. Mit einer Wirkung "für und gegen alle" käme der Entscheidung gesetzesähnliche Kraft zu.

Verfahrensrechtliche und materiellrechtliche Komponenten sind bei der Feststellungswirkung von Entscheidungen ineinander verflochten. Es gibt gleichsam eine "legislative" und eine prozessuale Funktion verfassungsgerichtlicher Kontrolle⁹. Die "legislative" Funktion zielt auf eine generelle Bindung aller Rechtsunterworfenen hin. Sie steht bei der Normenkontrolle im Vordergrund und befasst sich mit dem rechtlichen Schicksal der vom Verfassungsgericht geprüften Norm. Die prozessuale Funktion betrifft die am verfassungsgerichtlichen Verfahren beteiligten Parteien und den Prozessgegenstand. Sie tritt am deutlichsten bei abweisenden und rückweisenden Entscheidungen in Erscheinung; der Überprüfungsantrag kann in der Regel nach dem "Anlassverfahren" nicht mehr gestellt werden¹⁰.

Der folgende Teil der Arbeit befasst sich einerseits mit dem prozessualen und andererseits mit dem materiellrechtlichen Aspekt verfassungsgerichtlicher Entscheidungen. Bei der rechtlichen Beurteilung der Bindung der von der Entscheidung Betroffenen – von den Prozessparteien bis zu allen Staatsorganen – führt das Verfahrensrecht allmählich ins materielle Recht über¹¹.

§ 6 Bindung der Parteien:

materielle Rechtskraftwirkung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen

I. Begriff und Wesen der materiellen Rechtskraft

Die Frage nach der materiellen Rechtskraft von Entscheidungen gilt als eine der schwierigsten innerhalb der Verfahrenslehre. Uneinigkeit und Verwirrung entstehen vor allem durch die uneinheitliche Begriffsverwendung sowie durch die Vermischung von Verfahrensrecht und materiellem Recht.

8 Denn es kann nach Rupp (405) nicht genügen, dass eine Entscheidung des höchsten Verfassungsgerichts nur für die jeweils am konkreten Verfahren Beteiligten bindend sein soll.

9 G. Kafka, Die legislative und die prozessuale Funktion des Normenkontrollverfahrens vor dem Verfassungsgerichtshof, JBl 1966, 245 ff.

10 Kafka (zit. in Anm. 7 hievior) 246.

11 Eine gesonderte Betrachtung verfahrensrechtlicher Grundsätze in diesem Teil der Arbeit würde der Verbindung von Verfahrensrecht und materiellem Recht nicht gerecht werden. Verfassungsrechtliches Verfahren und Verfassungsverständnis beeinflussen und bedingen sich gegenseitig (vgl. Häberle, Die Eigenständigkeit des Verfassungsprozessrechts, JZ 1973, 451 ff. (453): "Eine von der Verfassungsgerichtsbarkeit und ihren Verfahren wesentlich mitgesteuerte Verfassung prägt notwendig das Verfassungsverständnis, umgekehrt dieses das Verfahren der Verfassungsgerichtsbarkeit.").

Der Begriff der materiellen Rechtskraft stammt aus dem Zivilprozessrecht. Die materielle Rechtskraft ist diejenige Wirkung einer formell-rechtskräftigen Entscheidung, die sich in der Massgeblichkeit ihres Inhalts äussert¹. Sie baut auf der formellen Rechtskraft auf².

Die materielle Rechtskraftwirkung gehört zur Feststellungswirkung von Entscheidungen; sie bedeutet Verbindlichkeit der in der Entscheidung ausgesprochenen Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtes oder des Eintretens oder Nichteintretens einer Rechtsfolge. Die Wirkung der Rechtskraft besteht in der verbindlichen Festlegung einer Rechtsfolge auf den konkreten Tatbestand im Streitfall. Die materielle Rechtskraft erstrebt den Schutz der Rechte, Rechtsfrieden und Rechtssicherheit³.

Es gibt eine prozessuale und eine materielle Rechtskrafttheorie⁴. Die materielle Rechtskrafttheorie sieht in der materiellen Rechtskraft der Entscheidung die Grundlage für eine materiellrechtliche Gestaltung der Beziehungen der Parteien. Nach dem Eintritt der Rechtskraft stimmen Urteilsspruch und materielle Rechtslage notwendigerweise überein⁵.

Nach der prozessualen Rechtskrafttheorie hingegen gibt es keinen Einfluss des Urteilsspruchs auf das materielle Recht⁶. Die materielle Rechtskraft besagt nur, dass jeder künftige Richter an die Feststellung in der Entscheidung gebunden ist⁷. Eine neue Verhandlung und Entscheidung über die rechtskräftig festgestellte Rechtsfolge ist ausgeschlossen. Materielle Rechtskraft besagt somit nach der prozessualen Theorie Massgeblichkeit des Entscheidungsinhalts für die Gerichte in künftigen Prozessen.

Die prozessuale Rechtskrafttheorie herrscht heute vor. Der Theorienstreit ist jedoch ohne grosse praktische Bedeutung⁸.

Für die Feststellungswirkung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen sind auf jeden Fall formelle und materielle Aspekte zu berücksichtigen.

Was den Umfang der Rechtskraft betrifft, so unterscheidet man subjektive und objektive Grenzen der Rechtskraft⁹. Die materiell rechtskräftige Entscheidung bindet einerseits Parteien und andererseits das urteilende Gericht selbst an die Entscheidung. Das Urteil ist einerseits "Verhaltensnorm" für die am Verfahren beteiligten Parteien und andererseits "Entscheidungsnorm" für den Richter in späteren

1 Rosenberg/Schwab § 154 I. (S. 869 f.); Guldener 364; Maunz/Sigloch/Schmidt-Bleibtreu/Klein, N 11 zu § 31 BVerfGG. Der Rechtskraft fähig sind in der Regel nur Endentscheide (Sach- und Prozessentscheide).

2 Rosenberg/Schwab § 150, 2. (S. 857); Grunsky (zit. in Anm. 6 § 3) 488.

3 Stein/Jonas, S. 1316.

4 Siehe hiezu Grunsky (zit. in Anm. 6 § 3) 493 f.; Stein/Jonas § 322 III. 1. und 2.; A. Bloemeyer, Zivilprozessrecht; Erkenntnisverfahren, Berlin u.a. 1963, S. 441 ff.; Rosenberg/Schwab § 152 II. (S. 863 ff.).

5 Stein/Jonas § 322 III. 2.

6 Diese Behauptung lässt sich jedoch bereits durch die Tatsache, dass dem "unrichtigen" Urteil die gleiche Verbindlichkeit wie dem "richtigen" Urteil zukommt, widerlegen.

7 Rosenberg/Schwab § 152 II. (S. 863 ff.).

8 Stein/Jonas § 322 III. 3.

9 Sowie überdies zeitliche Grenzen.

Prozessen¹⁰. Der subjektive Aspekt besagt, dass die Rechtswirkung der Entscheidung grundsätzlich auf die am konkreten Verfahren Beteiligten begrenzt ist¹¹. Die objektiven Grenzen der Rechtskraft sind durch die Identität des Streitgegenstandes bestimmt (ne bis in idem). Es ist auf die Identität der geltend gemachten subjektiven materiellen Rechte abzustellen¹².

II. Materielle Rechtskraftfähigkeit verfassungsgerichtlicher Entscheidungen

A. Allgemeines

Für die Ermittlung der Feststellungswirkung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen ist vorerst vom materiellen Rechtskraftbegriff auszugehen. Es fragt sich als erstes, ob verfassungsgerichtliche Entscheidungen überhaupt der zivilrechtlichen materiellen Rechtskraft fähig sein können, d.h., ob die im Entscheidungsdispositiv ausgesprochene Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses oder des Eintretens oder Nichteintretens einer Rechtsfolge für die am Prozess beteiligten Parteien und für das urteilende Gericht selber in einem späteren Rechtsstreit massgeblich ist.

Nach der Rechtskraftwirkung muss als erstes gefragt werden, weil sie ihrem Umfang und Wesen nach die schwächste Wirkung innerhalb der Feststellungswirkung von verfassungsgerichtlichen Entscheidungen ist. Sie ist die Voraussetzung für die weiter gehende "Bindungswirkung", denn diese gilt als erweiterte Rechtskraftwirkung¹³. Die Rechtskraft bindet nur die Parteien und das urteilende Gericht selbst. Die "Bindungswirkung" erstreckt sich zusätzlich auf Gerichtsbehörden, Verfassungsorgane u.a. Die noch weiter gehende Gesetzeskraft betrifft alle Rechtsunterworfenen schlechthin.

Zweck des Zivilurteils ist die Durchsetzung objektiven Rechts und die Beendigung des Rechtsstreites. Der Gesetzgeber erreicht den Rechtsfrieden in einem konkreten Streitfall durch die Wirkungen der formellen und materiellen Rechtskraft.

An einem Zivilrechtsstreit nehmen nur wenige Personen teil, die ein eng formuliertes Rechtsbegehren stellen. Verfassungsgerichtsbarkeit jedoch geht oft weit über die Streiterledigung in einem zufälligen Rechtsverhältnis hinaus. Verfassungsgerichtsbarkeit will die zwingenden öffentlich-rechtlichen Verfassungsrechtssätze im Interesse der Allgemeinheit durchsetzen¹⁴.

10 Vgl. zur präjudiziellen Tragweite von Entscheidungen sowie zur Bindung der Verfassungsgerichte an ihre eigenen Entscheidungen hinten S. 102 ff., 96 ff.

11 Grunsky (zit. in Anm. 6 § 3) 535 f.

12 Grunsky (zit. in Anm. 6 § 3) 500 f.

13 Vgl. auch Hoffmann-Riem 337 ff.

14 Vgl. auch W. Burckhardt, Die Befristung des staatsrechtlichen Rekurses, ZBJV 62, 49 ff. (60).

Die Frage nach der Rechtskraft verfassungsgerichtlicher Entscheidungen berührt den Konflikt zwischen dem Gebot der Rechtssicherheit und dem Gebot der richtigen Durchführung des objektiven Rechts. Würde man verfassungsgerichtliche Urteile gänzlich der Rechtskraftfähigkeit berauben, so wären die verfassungsgerichtlichen Institutionen nicht mehr Kontrollorgane, "Hüter der Verfassung", sondern blosser Gutachter¹⁵. Es kann daher kaum bestritten werden, dass verfassungsgerichtlichen Entscheidungen eine gewisse rechtliche Verbindlichkeit eigen sein muss. Nur der Umfang der Wirksamkeit ist fraglich. Der Begriff der Verbindlichkeit allein sagt wenig aus. Verbindlichkeit sagt etwa soviel wie Wirksamkeit. Ohne gleichzeitig zu sagen, wem gegenüber in welchem Masse ein Akt verbindlich ist, ist nicht aussagekräftig genug.

Die Frage nach der materiellen Rechtskraftfähigkeit von Entscheidungen darf bei allen Verfahrensarten verfassungsgerichtlicher Entscheidungen gestellt werden. Sie muss einmal zumindest immer schon da bejaht werden, wo den Entscheidungen nach positivem Recht die erweiterte Rechtskraftwirkung zukommt. Die Frage nach der Rechtskraftfähigkeit kann und soll jedoch auch ganz unabhängig vom Institut der "Bindungswirkung" betrachtet werden, da die positiv-rechtliche Regelung der "Bindungswirkung" mehr Verwirrung gestiftet als Klarheit gebracht hat¹⁶.

Es ist davon auszugehen, dass die materielle Rechtskraft von Entscheidungen ein Gebot des Rechtsfriedens und der Rechtssicherheit ist und als notwendiger Bestandteil jedes gerichtlichen Verfahrens betrachtet werden muss¹⁷. Der oft objektive Charakter des verfassungsgerichtlichen Verfahrens steht – wie vielfach gegen die Rechtskraft verfassungsgerichtlicher Entscheidungen geltend gemacht wird¹⁸ – dem Eintritt der materiellen Rechtskraft nicht entgegen. Die materielle Rechtskraft steht einer erneuten Aufwerfung und gegenteiligen Entscheidung der gleichen Rechtsfrage nicht entgegen, falls sich die Rechtsauffassung grundlegend geändert hat.

Insbesondere muss auch für die Wirksamkeit der Rechtskraft die gleiche Sache vorliegen. Die "Sache" besteht bei Verfassungsstreitigkeiten nicht immer in einem einmaligen, in der Vergangenheit liegenden konkreten Sachverhalt, sie kann auch in einem ausschliesslich rechtlichen, in die Zukunft reichenden Tatbestand bestehen¹⁹.

Ausserdem ist für die Rechtskraft zu berücksichtigen, dass der Umfang der Prüfungsbefugnis des Verfassungsgerichtes nicht immer derselbe ist, in gewissen

15 H. Steinitz, Die vorsorglichen Verfügungen des Bundesgerichts in öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten, ZSR NF 53 (1934), 199 ff. (223).

16 Siehe zur "Bindungswirkung" hinten S. 64 ff.

17 Vgl. auch Leibholz/Rupprecht, N 1 zu § 31 BVerfGG.

18 Kriele (294 ff.) spricht sich gegen eine allgemeine Rechtskraftwirkung von Entscheidungen aus, weil damit Fehlentscheidungen festgehalten würden, ohne dass eine Korrektur noch möglich sei. Von dieser Fehlentscheidung würde die Allgemeinheit betroffen. Er bejaht die Rechtskraft nur da, wo sie im Gesetz ausdrücklich vorgesehen ist.

19 Geiger (Bundesverfassungsgericht), N 3 zu § 31 BVerfGG.

Fällen²⁰ richtet er sich nach dem Rechtsbegehren oder nach den Beschwerdegründen. Entsprechend ist dann jeweils auch der Umfang der Rechtskraft begrenzt.

Die Vielfalt der Meinungen über die Rechtskraftfähigkeit verfassungsgerichtlicher Entscheidungen rührt daher, dass ihr einerseits zuwenig Aufmerksamkeit geschenkt wird und andererseits der Rechtskraftbegriff uneinheitlich ist, wobei Verfahrensrecht und materielles Recht ineinander übergreifen. Insbesondere ist die ablehnende Haltung gegenüber der Rechtskraftfähigkeit verfassungsgerichtlicher Entscheidungen einer Überspannung und Strapazierung des Rechtskraftbegriffs zuzuschreiben²¹.

Bei einer engen Auslegung des materiellen Rechtskraftbegriffs sind indes auch verfassungsgerichtliche Entscheidungen der Rechtskraft fähig: Verfassungsgerichtliche Entscheidungen muss zumindest die auf die Parteien und das urteilende Gericht begrenzte materielle Rechtskraft zukommen. Rechtskraftfähig sind nicht nur alle zivilgerichtlichen, sondern auch alle verfassungsgerichtlichen Sachentscheidungen. Das lässt sich aus allgemeinen Prinzipien des Rechts und der Funktion der Rechtsprechung ableiten.

Die materielle Rechtskraftwirkung tritt jedoch bei verfassungsgerichtlichen Entscheidungen wegen der "Bindungswirkung" und der Gesetzeskraft in den Hintergrund.

B. Materielle Rechtskraftfähigkeit der Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts

Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts werden nach Art. 38 OG mit der Ausfällung rechtskräftig. Art. 38 OG gilt als Vorschrift des allgemeinen Teils auch für staatsrechtliche Entscheidungen, jedoch vertritt die herrschende Lehre die Ansicht, dass damit nur die formelle und nicht auch die materielle Rechtskraft gemeint ist²². Das Bundesgericht selbst äussert sich schwankend zur materiellen Rechtskraftwirkung seiner Entscheidungen²³. In der Regel verneint es die Rechtskraftfähigkeit mit der Begründung, der Anspruch auf gleichmässige, der jeweiligen Erkenntnis der Rechtslage folgenden Anwendung des öffentlichen Rechts müsse dem formellen Gesichtspunkt vorgehen, auf dem der Grundsatz der materiellen Rechtskraft beruhe²⁴.

20 So bei der staatsrechtlichen Beschwerde in der Schweiz.

21 Mit der Begründung, nach der direkten Anfechtung einer generellen Norm könne die gleiche Norm nochmals aufgrund eines Anwendungsaktes indirekt angefochten werden. Hier liegt jedoch nicht mehr die "gleiche Sache" vor.

22 Vgl. dazu Birchmeier 51.

23 BGE 68 I 29; 60 I 52, 49, 110; 42, 239; 51, 388; 57, 108; 102 Ia 109 E b, 282 E 2.

24 BGE 68 I 39.

In der schweizerischen Lehre wird der Begriff der Rechtskraft nicht einheitlich oder auch gar nicht gebraucht. Oft wird nur von Verbindlichkeit oder von Präjudizienbindung gesprochen. Mit "Rechtskraft" ist etwa auch Unwiderruflichkeit der Entscheidung durch das Bundesgericht²⁵, Rechtmässigkeit der überprüften generellen Anordnung, Möglichkeit oder Unmöglichkeit der wiederholten sachlichen Nachprüfung, ebenso auch Wirksamkeit oder Wirkung *inter omnes* gemeint²⁶.

Bei dieser vielfältigen Terminologie vermag es nicht zu erstaunen, dass die materielle Rechtskraftfähigkeit von Entscheidungen einmal bejaht und einmal verneint wird. Auch ist zu beachten, dass es in der Schweiz den Begriff der "Bindungswirkung" nicht gibt und daher der Begriff der materiellen Rechtskraft auch für den Begriff der "Bindungswirkung" erhalten muss; das führt dazu, dass manchmal anstatt lediglich der "Bindungswirkung" von Entscheidungen auch ihre materielle Rechtskraftwirkung verneint wird²⁷. Auch die Ansicht, abweisende bundesgerichtliche direkte Normenkontrollentscheidungen würden nicht materiell rechtskräftig, weil die generelle Norm immer wieder aufgrund eines neuen, auf der Norm ergangenen Hoheitsaktes angefochten werden könne, ist oberflächlich. Hier liegt trotz des "inhaltlich gleichen Anfechtungsobjekts" (faktisch ist das Anfechtungsobjekt nicht das gleiche) nicht "*eadem res*" vor, und das frühere staatsrechtliche Urteil steht einer neuen Entscheidung nicht entgegen²⁸.

Wird der materielle Rechtskraftbegriff im Verfassungsrecht nicht überdehnt, sondern restriktiv ausgelegt, so muss für verfassungsgerichtliche Entscheidungen das gleiche gelten wie für zivilgerichtliche: Sie werden rechtskräftig, weil sie Rechtsschutz und Rechtssicherheit gewähren sollen. Die Rechtskraft der staatsrechtlichen Entscheidungen ist jedoch genau wie bei zivilrechtlichen Entscheidungen auf die Entscheidung selbst beschränkt, d.h., die Geltung der bundesgerichtlichen Entscheidung (sei diese gutheissend oder abweisend) erstreckt sich nur auf die Frage der Verfassungsmässigkeit des angefochtenen Hoheitsaktes unter den zur Zeit seiner Anfechtung gegebenen Verhältnissen, auf die durch das bundesgerichtliche Urteil begrenzte Verfassungstreitsache²⁹.

25 Giacometti 252.

26 Imboden (Normkontrolle) 147 f.; Schuler 237. Eine klare Trennung und eine klare Terminologie finden sich jedoch bei Steinitz (zit. in Anm. 15 hievor) 223 ff. Er unterscheidet zwischen materieller Rechtskraft "*inter partes*" und Rechtskraftwirkung "*inter omnes*". Steinitz erkennt zu Recht und entgegen der damaligen herrschenden Meinung allen verfassungsgerichtlichen Entscheidungen die materielle Rechtskraft zu.

27 In BGE 68 I 29 meint das Bundesgericht sogar "Gesetzeskraft", wenn es den Ausdruck Rechtskraft gebraucht: "Wenn schon die Anfechtung eines Gesetzes ein allgemeines Ziel verfolgt und die Aufhebung des Gesetzes durch das Bundesgericht auch allgemein wirkt, so könnte doch die Rechtskraft eines abweisenden Urteils sich nur beziehen auf die Rekursparteien."

28 Vgl. auch Giacometti 252 f.

29 Nicht die Frage der Verfassungsmässigkeit der überprüften Norm schlechthin; Giacometti 252; vgl. auch hinten zur Frage der Gesetzeskraft von Normenkontrollentscheidungen S. 76 ff.; Giacometti nennt diese Rechtskraft daher eine relative.

C. Materielle Rechtskraftfähigkeit der Entscheidungen des deutschen Bundesverfassungsgerichts

Der Grundsatz der materiellen Rechtskraft ist im BVerfGG nicht ausdrücklich erwähnt. Nach deutscher Lehre und Rechtsprechung³⁰ ist die materielle Rechtskraft jedoch ein wesentliches Element der Rechtsstaatlichkeit; eine Entscheidung muss um der Rechtsgewissheit und Rechtssicherheit willen in ihrem Bestand gesichert sein. Deshalb kommt nach mehrheitlicher Auffassung allen verfassungsgerichtlichen Entscheidungen materielle Rechtskraft zu.

Über die Rechtskraftfähigkeit von Normenkontrollentscheidungen (§ 13 Ziff. 1, 2, 4, 9 BVerfGG) sowie sonstiger Entscheidungen allgemeiner Präjudizialfragen (§ 13 Ziff. 12, 14 BVerfGG) gehen die Meinungen allerdings auseinander³¹.

Maunz³² ist beizustimmen, wenn er sagt, dass bei Normenkontrollentscheidungen der konkrete Sachverhalt der Entscheidung einfach aus Normen bestehe und deshalb Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichtes über die Gültigkeit und Bedeutung einer den Sachverhalt bildenden Norm wie andere Entscheidungen über Sachverhalte rechtskräftig würden³³.

Für das Verfahren bei der Verwirkung von Grundrechten (Art. 18 Satz 2 GG, §§ 36 ff. BVerfGG) und das Verfassungsbeschwerdeverfahren (Verweisung in § 96 BVerfGG) ist zusätzlich der Grundsatz "ne bis in idem" in § 41 BVerfGG niedergelegt: "Hat das Bundesverfassungsgericht über einen Antrag sachlich entschieden, so kann er gegen denselben Antragsgegner nur wiederholt werden, wenn er auf neue Tatsachen gestützt wird"³⁴.

Die Rechtskraft bezieht sich hinsichtlich der objektiven Grenzen nur auf die Urteilsformel, nicht auch auf die Gründe³⁵.

30 Maunz/Sigloch/Schmidt-Bleibtreu/Klein, N 7 zu § 31 BVerfGG; BVerfGE 2, 380; Radek 108; Leibholz/Rupperecht, N 1 zu § 31 BVerfGG; Spanner (Bundesverfassungsgericht) 49; Geiger (Bundesverfassungsgericht) 112; H. Brox, Zur Zulässigkeit einer erneuten Überprüfung einer Norm durch das Bundesverfassungsgericht, in: Menschenwürde und freiheitliche Rechtsordnung, Festschrift für Willi Geiger (Tübingen 1974), 809 ff. (818 f.); auch das Bundesverfassungsgericht selbst bejaht die allgemeine materielle Rechtskraft seiner Entscheidungen, BVerfGE 4, 38 und 20, 86 ("Den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts kommt gleich denen anderer Gerichte Rechtskraftwirkung zu").

31 Siehe dazu insbesondere Maunz/Sigloch/Schmidt-Bleibtreu/Klein, N 8 zu § 31 BVerfGG; Spanner (Bundesverfassungsgericht) 50; Leibholz/Rupperecht, N 1 zu § 31 BVerfGG (S. 96); Rupp 420 sowie ausführlich Brox (zit. in Anm. 30 hierover), welcher die Rechtskraftfähigkeit von Normenkontrollentscheidungen ebenfalls bejaht (815).

32 Maunz/Sigloch/Schmidt-Bleibtreu/Klein, N 8 zu § 31 BVerfGG.

33 Nach Rupp (420) kann allein die Feststellung über die von subjektiven Rechten und Rechtsauffassungen unabhängige Frage, ob ein bestimmter Rechtssatz gültig oder ungültig ist, Rechtskraftwirkung haben.

34 Daraus, dass die Rechtskraftwirkung für Entscheidungen bei Verfassungsbeschwerden, Verwirkungsverfahren und Richteranklagen ausdrücklich vom Gesetz vorgesehen ist, schliesst jedoch Kriele (296), dass die Rechtskraftwirkung bei allen anderen Verfahren ausgeschlossen ist.

35 Radek 114 f.; auch nach Rupp bezieht sich die Rechtskraftwirkung nur auf die Entscheidungsformel (420). Damit nähert sich die Rechtskraftwirkung von Normenkontrollentscheidungen der Gesetzeskraft von Entscheidungen an (§ 31 Abs. 2 BVerfGG).

D. Materielle Rechtskraftfähigkeit der Entscheidungen des österreichischen Verfassungsgerichtshofs

Der österreichische Verfassungsgerichtshof kann nach § 19 Abs. 3 Ziff. 1 lit. d VfGG ohne weiteres Verfahren und ohne vorangegangene Verhandlung in nicht öffentlicher Sitzung die Zurückweisung eines Antrags wegen rechtskräftig entschiedener Sache beschliessen. Diese Bestimmung liefert im VfGG den einzigen Hinweis auf die Rechtskraftfähigkeit verfassungsgerichtlicher Entscheidungen. Eine allgemeine Bestimmung, wonach die Entscheidungen des Verfassungsgerichtshofs nach der Ausfällung rechtskräftig werden, gibt es im VfGG nicht. Es sind daher zusätzlich nach § 35 VfGG die allgemeinen prozessrechtlichen Grundsätze heranzuziehen, wonach alle Endentscheidungen rechtskräftig werden.

Insbesondere Entscheidungen über Anträge, denen der Verfassungsgerichtshof mangels Gesetzes- oder Verfassungswidrigkeit nicht stattgegeben hat, erwachsen in Rechtskraft. Die beiden Streitgegner dürfen den Streit nicht wiederholen. § 19 Abs. 3 Ziff. 1 lit. d VfGG bezieht sich, wie aus dem Wesen der materiellen Rechtskraft zu schliessen ist, nur auf die am Rechtsstreit beteiligten Parteien sowie auf die abgeurteilte Sache. So kann die Bundesregierung beispielsweise eine inhaltlich gleiche Vorschrift eines anderen Bundeslandes anfechten, oder ein am vorigen Streit nicht beteiligtes Bundesland oder ein Drittel der Mitglieder des Nationalrates kann die Frage der Geltung einer generellen bundesrechtlichen Vorschrift nochmals aufwerfen³⁶.

Nicht nur normbestätigenden, sondern auch normaufhebenden Erkenntnissen im Normenkontrollverfahren (Art. 139 und 140 B-VG) kommt materielle Rechtskraft zu³⁷. Der Verfassungsgerichtshof kann eine einmal aufgehobene Norm nicht wieder aufleben lassen oder für gültig erklären (auch nicht, wenn die Kundmachung der Aufhebung noch nicht erfolgt ist) und muss ihre "Nicht-Geltung" in jedem späteren Prozess beachten.

Für die "Parteien" im Normenkontrollverfahren, d.h. insbesondere für die gesetzgebenden Organe des Bundes und der Länder, bedeutet die materielle Rechtskraft, dass sie kein Gesetz oder keine Verordnung des gleichen Inhalts mehr erlassen dürfen.

Erkenntnisse des Verfassungsgerichtshofs über vermögensrechtliche Streitigkeiten (Art. 137 B-VG) sowie über die Anklage der obersten Bundes- und Landesorgane (Art. 142 und 143 B-VG) erwachsen ebenfalls wie zivil- oder strafgerichtliche Urteile in Rechtskraft³⁸. Gleiches gilt für Kompetenzkonflikte (Art. 138 Abs. 1 B-VG).

³⁶ Kafka 54.

³⁷ Kafka 60.

³⁸ Hagen (Verfahrenslehre) 65.

III. Bindung der Behörden als "Parteien" in der entschiedenen Sache selbst

Es geht hier um die Frage, ob Gesetzgeber, Gerichte und Verwaltungsbehörden, deren Hoheitsakt vom Verfassungsgericht als verfassungswidrig aufgehoben worden ist, bei der Neuurteilung in der gleichen Sache an die verfassungsgerichtliche Entscheidung gebunden sind. Diese Frage ist zu unterscheiden von der Frage nach der allgemeinen Bindungswirkung auf alle Gerichte und Verwaltungsbehörden im Sinne von § 31 Abs. 1 BVerfGG und Art. 139 Abs. 6, 140 Abs. 7 B-VG. Da es sich um denselben Streitgegenstand und dieselben Verfahrensbeteiligten handelt, ist diese Frage unter dem Gesichtspunkt der materiellen Rechtskraft zu behandeln. Eine gesonderte Betrachtung rechtfertigt sich jedoch insofern, als Gesetzgeber, Gerichte und Verwaltungsbehörden nicht Parteien im eigentlichen Sinne sind, da sie anders als im zivilprozessualen Rechtsstreit oft nur indirekt am Verfahren beteiligt sind³⁹. Auch handelt es sich hier ganz allgemein um die Durchsetzung der verfassungsgerichtlichen Entscheidung.

Weist das Verfassungsgericht in einem hängigen Rechtsstreit die Sache zur Neuurteilung an die zuständige Verwaltungs- oder Gerichtsbehörde, so besteht kein Zweifel darüber, dass die betreffende Behörde an die in den Motiven und im Dispositiv der Entscheidung geäußerte Rechtsanschauung des Verfassungsgerichts gebunden ist⁴⁰. Richter und Verwaltungsbehörden haben der neuen Entscheidung die rechtliche Begründung des Verfassungsgerichts zugrunde zu legen. Das ergibt sich aus Sinn und Funktion des verfassungsgerichtlichen Rechtsschutzes⁴¹.

In der Schweiz gilt der in Art. 66 OG niedergelegte Grundsatz, wonach die kantonale Instanz ihrer Entscheidung die rechtliche Begründung des Bundesgerichts zugrunde zu legen hat, auch für das staatsrechtliche Verfahren⁴².

39 Das wird z.B. bei der staatsrechtlichen Beschwerde an das schweizerische Bundesgericht deutlich. Eine eigentliche Parteirolle kommt jedoch den Organen im deutschen Normenkontrollverfahren zu.

40 Für die Schweiz Marti 166; Giacometti 245 ff.; Birchmeier 266; F. Hauser, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts auf dem Gebiete des Gerichtsverfassungsrechts, in: Erhaltung und Entfaltung des Rechts in der Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichts (Basel 1975), 531 ff. (542); BGE 100 Ia 30 E 2.

41 Vgl. auch vorn S. 41 ff., 46.

42 BGE 100 Ia 28 ff. (30 E 2). In diesem Entscheid hatte das Bundesgericht auf Berufung hin ein Urteil des Obergerichts des Kantons Thurgau aufgehoben, weil dieses willkürlich ein Begehren um Ablehnung eines Experten abgewiesen hatte. Nach Rückweisung des Prozesses wurde das Ablehnungsbegehren ohne materielle Prüfung der erhobenen Einwendungen ein zweites Mal abgelehnt, weil die Beschwerdeführer innert Frist keine Kautions für die Befragung des Experten zum Ablehnungsbegehren leisteten. Die hiegegen erhobene staatsrechtliche Beschwerde hiess das Bundesgericht wiederum gut, weil die untere Instanz der ihr in den Motiven des früheren Urteils des Bundesgerichts auferlegten Verpflichtung, das Ablehnungsbegehren gegen den Experten zu prüfen, nachkommen musste und nicht von einer Kautionsleistung der Partei abhängig machen durfte. Die Urteilsmotive seien zu beachten. Diese enthielten insofern verbindliche Weisungen, als sie sich auf eine gutzumachende Unterlassung bezögen.

Wenn der österreichische Verfassungsgerichtshof den Bescheid einer Verwaltungsbehörde aufhebt, sind die Verwaltungsbehörden verpflichtet, "in dem betreffenden Falle mit den ihnen zu Gebote stehenden Mitteln unverzüglich den der Rechtsanschauung des Verfassungsgerichtshofs entsprechenden Rechtszustand herzustellen" (§ 87 Abs. 2 VfGG)⁴³. Entsprechend der behördlichen Verpflichtung hat die direkt betroffene Partei ein analoges subjektives Recht⁴⁴. Wenn ein neuer Bescheid der Verwaltungsbehörde den verfassungsmässigen Zustand nicht herbeiführen kann, muss die Behörde andere ihr zu Gebote stehende Mittel zur Herstellung des entsprechenden Rechtszustandes verwenden. Es soll jener Rechtszustand, wie er vor dem vom Verfassungsgericht als verfassungswidrig erkannten behördlichen Eingriff bestanden hat und ohne den Eingriff weiterbestanden hätte, hergestellt werden⁴⁵.

Gleiches gilt für Gerichte, die anlässlich eines Verfahrens den Antrag auf Aufhebung einer Verordnung beim Verfassungsgerichtshof gestellt haben (Art. 89 Abs. 2 B-VG). Nach der alten Fassung von Art. 89 Abs. 4 B-VG war das Gericht an die Rechtsanschauung des Verfassungsgerichtshofs gebunden, wenn die vom Gericht anzuwendende Verordnung durch ein Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofs aus dem Grunde der Gesetzwidrigkeit aufgehoben worden war⁴⁶. Ebenso durfte auch der Verwaltungsgerichtshof nach der Zustellung des aufhebenden Erkenntnisses durch den Verfassungsgerichtshof die auf seinen Antrag hin aufgehobene Verordnung auf den Anlassfall nicht mehr anwenden⁴⁷.

Durch die Verfassungsnovelle vom 10. Juni 1975 sind nun diese Bestimmungen hinfällig geworden. In Art. 139 Abs. 6 und Art. 140 Abs. 7 B-VG ist eine allgemeine Bindungswirkung des Spruches des Verfassungsgerichtshofes für Gerichte und Verwaltungsbehörden statuiert⁴⁸, wobei allerdings auf Tatbestände, die sich vor der Entscheidung des Verfassungsgerichtshofes verwirklicht haben, für verfassungswidrig erkannte Gesetze oder Verordnungen noch angewandt werden müssen; dem Anlassfall ist jedoch im hängigen Verfahren bereits die Entscheidung des Verfassungsgerichtshofes zugrunde zu legen⁴⁹.

43 Die Bindungswirkung des § 87 Abs. 2 VfGG besteht nur so lange, als sich die Rechtslage nicht verändert hat, Erk.Slg. 7705/1975; in diesem Falle hatte sich die für den Erlass des Bescheids massgebende Rechtslage rückwirkend geändert, indem der Gesetzgeber eine von der Rechtsanschauung des Verwaltungsgerichtshofs abweichende Anordnung getroffen hatte. Jeder Bescheid muss aber der Rechtslage entsprechen, die im Zeitpunkt seines Erlasses besteht.

44 Klecatsky, S. 1268.

45 Klecatsky, S. 1269.

46 Für Verfassungsbeschwerden gegen Gerichtsentscheide gibt es keine gesetzliche Grundlage.

47 Klecatsky, S. 322.

48 Zur "Bindungswirkung" vgl. hinten S. 64 ff.

49 Siehe vorn S. 22 ff., hinten S. 117 ff.

Wenn die Behörde beim Erlass des Ersatzbescheides von der Rechtsanschauung des Verfassungsgerichtshofs abgeht, begeht sie eine Verletzung desselben verfassungsmässigen Rechts wie mit dem Bescheid, dessen Aufhebung zum Erlass des Ersatzbescheides ergeht (Erk.Slg. 6869/1972).

Eine ebenso klare gesetzliche Grundlage wie in Österreich gibt es in der Bundesrepublik Deutschland nicht. Die Bindung der vom Urteil direkt betroffenen Gerichte und Behörden ergibt sich jedoch auch in Deutschland klar aus dem Sinn des verfassungsgerichtlichen Schutzes⁵⁰. Wenn nach Art. 100 Abs. 1 GG ein Gericht ein Gesetz, auf dessen Gültigkeit es bei der Entscheidung ankommt, für verfassungswidrig hält, muss es das Verfahren aussetzen und die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes einholen. Das bedeutet nichts anderes, als dass es auf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes ankommt⁵¹.

Eine Bindungswirkung geht auch vom Verfassungsbeschwerdeverfahren aus. Die unteren Gerichte oder Verwaltungsbehörden sind an die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes gebunden, falls der Rechtsstreit mit der Kassation durch das Bundesverfassungsgericht nicht beendet ist und eine Rückweisung erfolgt. Wenn schon § 31 Abs. 1 BVerfGG eine allgemeine Bindungswirkung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen statuiert⁵², so gilt die Bindungswirkung erst recht für die indirekt am Verfahren beteiligten Gerichte und Behörden⁵³.

Für den Gesetzgeber bedeutet die Bindungswirkung, dass ein Gesetz desselben Inhalts nicht nochmals beraten, beschlossen und verkündet werden darf⁵⁴. In der Bundesrepublik Deutschland und in Österreich wird diesem Gebot zusätzlich durch die sogenannte Gesetzeskraft der aufhebenden Normenkontrollentscheidungen Nachdruck verschafft⁵⁵. Eine unbedingte rechtliche Schranke ist dieses Gebot jedoch nicht, da sich der Gesetzgeber letzten Endes auch über die Gesetzeskraft von Entscheidungen hinwegsetzen kann.

Die Frage nach der Bindungswirkung für die am Verfahren direkt oder indirekt Beteiligten ist letztlich immer eine Frage der Autorität des Verfassungsrichters; Verfassungsgerichte sind immer auch auf die freiwillige Befolgung ihrer Entscheidung angewiesen. Die rechtliche Erzwingbarkeit, d.h. die Vollstreckung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen, ist nur beschränkt möglich⁵⁶.

50 Vgl. auch Larenz (Bindungswirkung) 259 f.; BVerfGE 12, 67 ff. (71).

51 Eine andere Frage ist es, ob das gleiche Gericht dieselbe Rechtsfrage in einem späteren Prozess wieder vorlegen darf, wenn das Bundesverfassungsgericht die Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes schon einmal verneint hat; vgl. dazu Maunz/Sigloch/Schmidt-Bleibtreu/Klein, N 279–281 zu § 31 BVerfGG und insbesondere BVerfGE 33, 199.

52 Vgl. hiezu jedoch hinten S. 72 ff.

53 Es gibt auch Meinungen, die dahin gehen, dass § 31 Abs. 1 BVerfGG überhaupt nur in diesem engen Sinn auszulegen sei; siehe hinten S. 72 ff.

54 Spanner (Bundesverfassungsgericht) 107.

55 § 31 Abs. 1 BVerfGG; für Österreich siehe hinten S. 80 f.

56 Siehe zur Vollstreckung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen hinten S. 82 ff.

§ 7 Bindung des Gesetzgebers, der Gerichte und Behörden: “Bindungswirkung” verfassungsgerichtlicher Entscheidungen

I. Begriff und Wesen der “Bindungswirkung”

Man spricht von “Bindungswirkung”, wenn gerichtliche Entscheidungen eine über den einzelnen Rechtsstreit hinausgehende Wirkung entfalten, wobei Gesetzgeber, Gerichte und Behörden in allen künftigen Fällen an die der Entscheidung zugrunde gelegte, konkretisierte Rechtsnorm präjudiziell gebunden sind¹.

Die materielle Rechtskraft allein vermag die Feststellungswirkung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen nicht erschöpfend wiederzugeben. Zur Feststellungswirkung gehört die über die Rechtskraftwirkung hinausreichende “Bindungswirkung”. Der Begriff der “Bindungswirkung” ist im schweizerischen und war früher im österreichischen Recht ungebräuchlich. Er hat sich im deutschen Recht aus § 31 Abs. 1 BVerfGG herausgebildet, wonach die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichtes “die Verfassungsorgane des Bundes und der Länder sowie alle Gerichte und Behörden” binden. Mit der Verfassungsnovelle vom 10. Juni 1975 hat nun auch Österreich dem Spruch des Verfassungsgerichtshofes durch eine allgemeine Bindungswirkung für Gerichte und Verwaltungsbehörden in den Art. 139 Abs. 6 und 140 Abs. 7 B-VG Nachachtung verschafft.

Die materielle Rechtskraft verpflichtet nur die Prozessparteien und das urteilende Gericht.

Im verfassungsgerichtlichen Verfahren sind nicht nur Richter und Parteien allein an der Entscheidung interessiert; vielmehr ist es für verfassungsgerichtliche Entscheidungen geradezu charakteristisch, dass das parteiliche gegenüber dem öffentlichen Interesse zurücktritt und dem Schutz der Verfassung Rechnung trägt. Verfassungsgerichtliche Entscheidungen wollen oft umfassende Geltung beanspruchen, eine Geltung, die gewissermassen der Verbindlichkeit von Rechtsnormen gleichkommt. Diesem Wunsch würde die Verwirklichung einer allgemeinen “Bindungswirkung” verfassungsgerichtlicher Entscheidungen entgegenkommen. Dabei melden sich jedoch sogleich Bedenken aus verfassungsrechtlicher Sicht. Es ist zweifelhaft, ob eine solche verfassungsgerichtliche Macht mit dem Grundsatz der Gewaltenteilung vereinbar wäre².

Die “Bindungswirkung” erstreckt sich über die rechtskräftig entschiedene Sache im konkreten Streitfall hinaus auch auf alle künftigen gleichgelagerten Fälle. Dadurch, dass im Sinne einer ständigen oder gesicherten höchstrichterlichen Rechtsprechung auch spätere Fälle erfasst werden, entsteht erst die ganze Problematik der “Bindungswirkung”. Die Beantwortung der Frage nach der “Bindungswirkung” beinhaltet eine Wertabwägung. Für eine allgemeine “Bindungswirkung” spricht der

¹ Meist werden für den Umfang der Bindungswirkung die Entscheidformel und die tragenden Gründe berücksichtigt; daran hält auch das Bundesverfassungsgericht bis heute fest, siehe Vogel 571; zum Umfang der “Bindungswirkung” siehe jedoch hinten S. 66 f.

² Vgl. vorn S. 45 ff.

Wunsch nach Rechtssicherheit, Rechtseinheit und Durchsetzungsvermögen des Verfassungsgerichtes, gegen die "Bindungswirkung" die Gefahr einer Versteinierung der Rechtsprechung oder Stagnation der Rechtsentwicklung³.

Neben der allgemeinen "Bindungswirkung" gibt es die Bindung der Gerichte und Behörden an den verfassungsgerichtlichen Rückweisungsbeschluss. Es versteht sich von selbst, dass nach der verfassungsgerichtlichen Kassation eines Hoheitsaktes die untere Instanz in der gleichen Sache den Erwägungen des Verfassungsgerichtes Rechnung zu tragen hat. Die Bindungswirkung eines verfassungsgerichtlichen Rückweisungsbeschlusses ergibt sich aus dem Sinn und Geist des gerichtlichen Instanzenzuges, ihre Ablehnung käme einer Verweigerung des Rechtsschutzes gleich⁴.

Verfassungsgerichtliche Entscheidungen mit allgemeiner, umfassender "Bindungswirkung" über die Verfahrensbeteiligten hinaus hätten gewissermassen Rechtsquellencharakter oder präjudizielle Tragweite. Der Verfassungsrichter legt die Verfassung aus oder bildet sie fort. Er orientiert sich am Sinn und Geist der Verfassung und begründet eine Verfassungsnorm verbindlich⁵. Damit hat die Entscheidung nicht nur im konkreten Rechtsstreit, sondern auch für alle gleichwertigen Fälle Bestand⁶. Nur Entscheidungen von allgemeiner Tragweite und Bedeutung über den Einzelfall hinaus können "Bindungswirkung" beanspruchen. Die "Bindungswirkung" kann nur Entscheidungen zukommen, soweit sie sich mit der Auslegung und Rechtsfortbildung der Verfassung beschäftigen⁷. Solche Entscheidungen sind von präjudizieller Tragweite. Der Begriff der "Bindungswirkung" ist somit dahingehend auszulegen, dass Entscheidungen die Verfassungsorgane, Gerichte und Behörden als Präjudizien binden⁸.

Präjudiz bedeutet die Relevanz früherer Urteile für die Entscheidung in einem späteren Fall, der in bezug auf das rechtlich relevante Problem als gleichwertig erscheint, jedoch in bezug auf den Sachverhalt verschieden ist⁹.

Auch wenn verfassungsgerichtliche Entscheidungen nur im konkreten Fall unmittelbar verbindlich wären, so bestünde eine gewisse Verbindlichkeit für den Richter bei künftigen Fällen kraft positiven Rechts durch das Gebot der Rechtsgleichheit (Art. 4 BV, Art. 3 GG, Art. 7 Abs. 1 B-VG). Im übrigen hängt die Verbindlichkeit der Entscheidung für Verfassungsorgane, Gerichte und Behörden in

3 Ossenbühl 481; siehe hiezu auch Hoffmann-Riem 342 sowie Vogel 476–481 (Gründe für und gegen eine "Festschreibung").

4 Vgl. auch F. Hauser, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts auf dem Gebiete des Gerichtsverfassungsrechts, in: Erhaltung und Entfaltung des Rechts in der Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichts (Basel 1975), 531 ff. (542).

5 Kriele 293; siehe auch vorn S. 41 ff.

6 Larenz (Methodenlehre) 300.

7 So für die Bundesrepublik Deutschland Maunz/Sigloch/Schmidt-Bleibtreu/Klein, N 13 zu § 31 BVerfGG.

8 So insbesondere Kriele 290–304; ders., Recht und Politik in der Verfassungsrechtsprechung, NJW 1976, 777 ff. (778 f.).

9 O.A. Germann, Präjudizien als Rechtsquelle. Eine Studie zu den Methoden der Rechtsfindung, Bd. II von Acta Instituti Upsaliensis Jurisprudentiae Comparativae, Stockholm 1960; Durch die Judikatur erzeugte Rechtsnormen, Zürich 1976 (insbesondere S. 12 ff.).

künftigen Fällen, d.h. ihre präjudizielle Tragweite, von der Regelung im positiven Recht jedes Landes ab.

II. Umfang der "Bindungswirkung"

Entscheidungen binden als Präjudizien, wenn ihre Bindungswirkung bejaht wird. Jedem Präjudiz liegt eine geschriebene oder ungeschriebene Norm zugrunde. Die präjudiziell bedeutsame Norm entspricht einer grundsätzlichen Rechtsfrage¹⁰. Wie lässt sich jedoch die präjudiziell bedeutsame Norm finden? Das ist gleichzeitig die Frage nach dem Umfang der "Bindungswirkung". Eine Norm kann nur dann präjudiziell bedeutsam werden, wenn sie notwendige Grundlage für die Entscheidung im konkreten Rechtsstreit war¹¹. Es besteht jedoch die Gefahr, dass in der Entscheidung Rechtsfragen gelöst werden, die für den Ausgang des konkreten Rechtsstreites nicht ausschlaggebend sind. Insbesondere gehören die sogenannten obiter dicta nicht zum konkreten Rechtsfall und sind daher nicht bindend¹². Präjudiziell bedeutsam kann nur die der Entscheidung zugrunde gelegte Norm sein. Diese kommt oft in den rechtlichen Erwägungen als generell gefasster Rechtssatz zum Ausdruck¹³. Meist ist ersichtlich, dass das entscheidende Gericht selbst bestimmten Gründen mehr Gewicht und Sorgfalt zukommen lässt. Besondere Beachtung verdienen die Leitsätze einer Entscheidung, die im Urteilskopf oder Rubrum der Entscheidung aufgeführt werden.

Der Grund der Bindung an ein Präjudiz liegt nicht darin, "dass dem Präjudiz als solchem eine Bindungskraft zukäme, sondern in der Norm, die im Präjudiz richtig erkannt, ausgelegt oder fortgebildet wurde"¹⁴.

In der Bundesrepublik Deutschland hat sich in den letzten Jahren ein endloser Meinungsstreit über den Umfang der "Bindungswirkung" entwickelt¹⁵. Die Diskussion über den Umfang der "Bindungswirkung" des § 31 Abs. 1 BVerfGG dreht sich vor allem darum, ob für die Ermittlung der "Bindungswirkung" nur das Entscheidungsdispositiv oder auch die tragenden Gründe heranzuziehen seien. Die mehrheitliche Auffassung und mit ihr auch die Auffassung des Bundesverfassungsgerichtes geht dahin, dass für die Ermittlung des Umfangs der "Bindungswirkung"

10 Germann (Präjudizielle Tragweite) 446.

11 Germann (Präjudizielle Tragweite) 447.

12 Germann (Präjudizielle Tragweite) 445 ff.; R. Birk, Die Ankündigung von Rechtsprechungsänderungen, JZ 1974, 735 ff. (737 ff.); Hoffmann-Riem 350; Rupp-von Brünneck (Bundesverfassungsgericht) 367 ff.; Kriele (zit. in Anm. 8 hievor) 779.

13 Meier-Hayoz (Kommentar), N 532 zu Art. 1 ZGB.

14 Larenz (Bindungswirkung) 262.

15 Vgl. dazu die grundlegende Abhandlung von Stahl sowie Rupp; auch den Überblick bei Vogel 572 ff.

die Entscheidungsformel und die tragenden Gründe zu berücksichtigen seien¹⁶. Die Entscheidungsgründe sollen insoweit binden, als sie aus dem Recht "eine Folgerung ableiten, mit der der Tenor steht und fällt"¹⁷. Die ganze Schwierigkeit besteht jedoch darin, die tragenden Gründe von den übrigen Entscheidungsgründen abzugrenzen¹⁸.

Einzig gesichert ist nach der deutschen Auffassung die Bindungswirkung des Tenors. Der Tenor für sich allein betrachtet ist jedoch in der Regel für künftige Fälle überhaupt nicht aufschlussreich, da er nur für den konkreten Fall gilt¹⁹. Eine andere Bedeutung hat das Dispositiv freilich dann, wenn Normenkontrollentscheidungen über den konkreten Sachverhalt hinaus mit Gesetzeskraft ausgestattet sind (§ 31 Abs. 2 BVerfGG)²⁰. Da ist es geradezu notwendig, dass nur einer genau umgrenzten Formel Gesetzeskraft zukommt. Diese ist aber dann auch für sich allein aussagekräftig genug.

Wenn die Bindungswirkung jedoch als präjudizielle Wirkung aufgefasst wird, so ist gerade nicht das Dispositiv, sondern nur die in der Entscheidung konkretisierte Norm präjudiziell bedeutsam.

III. Von der Bindungswirkung betroffene Organe

A. Selbstbindung des Verfassungsgerichtes

1. Schweizerisches Bundesgericht

Rechtlich ist das Bundesgericht an seine eigenen Präjudizien nicht gebunden. Nach Art. 16 OG darf eine Gerichtsabteilung, wenn sie eine Rechtsfrage abweichend von einem früheren Entscheid einer anderen Abteilung oder mehrerer vereinigter Abteilungen oder des Gesamtgerichtes entscheiden will, dies nur mit Zustimmung der anderen Abteilung oder des Gesamtgerichtes tun. Jede Abteilung des Bundesgerichtes darf somit grundsätzlich – allerdings unter erschwerten Bedingungen – von den Präjudizien anderer Abteilungen abweichen. Erst recht darf jede Kammer des Bundesgerichtes von ihren eigenen Präjudizien abweichen.

16 Siehe auch vorn S. 64 und Anm. 1 hievon; Rupp 405; Maunz/Sigloch/Schmidt-Bleibtreu/Klein, N 12 zu § 31 BVerfGG; Hoffmann-Riem 338 (soweit das Dispositiv aus sich heraus nicht verständlich sei, könnten zu seiner Auslegung die Entscheidungsgründe herangezogen werden; Kritik hiezu auf S. 349 ff.); Spanner (Bundesverfassungsgericht) 51; Leibholz/Rupprecht, N 2 zu § 31 BVerfGG; BVerfGE 33, 199 ff. (203); 20, 56 (87); 19, 377 (391 f.).

17 Geiger (Bundesverfassungsgericht), N 6 zu § 31 BVerfGG.

18 Vgl. dazu Hoffmann-Riem 349 ff.; er übt Kritik an der Formel von den "tragenden Entscheidungsgründen" und hält dafür, dass die "wirklichen Entscheidungsgründe", d.h. diejenigen, die tatsächlich entscheidungserheblich geworden sind, binden.

19 Z.B.: "Die Beschwerde wird abgewiesen."

20 Siehe hinten S. 76 ff.

Das Bundesgericht hält jedoch in der Regel an seinen Präjudizien fest. Es beruft sich oft auf seine früheren Urteile, indem es in den Leitsätzen des Urteils vermerkt: „Bestätigung der Rechtsprechung“²¹, „Präzisierung der Rechtsprechung“²², „Entwicklung der Rechtsprechung“²³ oder „Erweiterung der Rechtsprechung“²⁴. Für ein Festhalten an Präjudizien spricht das Gebot der Rechtsgleichheit, Rechtssicherheit, Voraussehbarkeit und des Vertrauensschutzes.

Nur in besonderen Fällen weicht das Bundesgericht unter ausdrücklicher Verkündung der „Änderung der Rechtsprechung“ von seinen Präjudizien ab²⁵.

Eine Abweichung bei der Auslegung erachtet es dann als gerechtfertigt, wenn eine neue Auslegung dem Sinn einer Rechtsvorschrift besser entspricht, eine Abweichung ergibt sich auch im Rahmen der selbständigen Rechtsfindung bei veränderten nicht juristischen Tatsachen oder besserer Kenntnis, bei einer Änderung der wirtschaftlichen oder soziologischen Verhältnisse, bei wissenschaftlichem Fortschritt, ebenso aus Erwägungen der Billigkeit, Gerechtigkeit oder Zweckmässigkeit²⁶.

2. Deutsches Bundesverfassungsgericht

Auch das Bundesverfassungsgericht ist nach dem Gesetz an seine eigenen Urteile in einem andern Fall nicht gebunden. Die „Bindungswirkung“ des § 31 Abs. 1 BVerfGG für Verfassungsorgane, Gerichte und Behörden gilt nicht für das Bundesverfassungsgericht selbst²⁷. Damit steht dem Bundesverfassungsgericht bei der Abweichung von verfassungsgerichtlichen Entscheidungen das Monopol zu²⁸.

Abweichende Entscheidungen sind jedoch auch für das Bundesverfassungsgericht hinsichtlich ihres Zustandekommens erschwert. Nach § 16 BVerfGG entscheidet das Plenum des Bundesverfassungsgerichtes, wenn ein Senat in einer Rechtsfrage von der in einer Entscheidung des anderen Senats enthaltenen Rechtsauffassung

21 Z.B. BGE 102 Ia 35, 81, 468; 101 Ia 60, 148.

22 Z.B. BGE 102 Ia 254; 99 Ia 104.

23 Z.B. BGE 94 I 541.

24 BGE 97 I 57.

25 Vgl. BGE 94 I 138 ff. (140), nachdem das frühere Urteil (BGE 88 I 102 E 3) von der Lehre kritisiert worden war; BGE 94 I 365 (371); 101 Ia 354; 102 Ia 188, 243.

26 Germann (Präjudizielle Tragweite) 321 f.

27 Maunz/Sigloch/Schmidt-Bleibtreu/Klein, N 18 zu § 31 BVerfGG; Leibholz/Rupprecht, N 2 zu § 31 BVerfGG (S. 100); Spanner (Bundesverfassungsgericht) 52; Rupp 413 (der die Selbstbindung auch deshalb verneint, weil nach Art. 100 Abs. 3 GG das Verfassungsgericht eines Landes die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts einholen müsse, wenn es bei der Auslegung des GG von einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts abweichen wolle; diese Vorschrift habe nur einen Sinn, wenn das Bundesverfassungsgericht selbst von seiner Entscheidung abweichen könne). Vgl. auch Hoffmann-Riem 342 (insbesondere Anm. 32); Friesenhahn (Inhalt) 701 f. (die Selbstbindung sei intensiver, je stärker der politische Akzent der entschiedenen verfassungsrechtlichen Streitfrage und je zentraler die Frage für die Verfassungsstruktur und das Verfassungsleben des Staates seien).

28 Kriele 291.

abweichen will²⁹. Jeder Senat kann – ohne dass die Entscheidung besonderer Formen bedarf – von seiner eigenen früheren Rechtsauffassung abweichen. Das wird er jedoch nur tun, wenn besondere Voraussetzungen erfüllt sind: neue Tatsachen bzw. eine wesentliche Änderung des Lebenssachverhaltes, eine Änderung der Rechtslage oder der allgemeinen Rechtsauffassung³⁰.

3. Österreichischer Verfassungsgerichtshof

Die Frage der Selbstbindung des Verfassungsgerichtshofes an frühere Entscheidungen ist im VfGG nicht geregelt. Nach der österreichischen Lehre würde eine Bindung des Richters an seine früheren Entscheidungen dem verfassungsmässigen Grundsatz der richterlichen Unabhängigkeit widersprechen³¹. Da der Verfassungsgerichtshof nicht in Senaten (wie das deutsche Bundesverfassungsgericht), sondern regelmässig durch alle seine Mitglieder entscheidet (§ 6 Abs. 1 VfGG), kann es auch keine Bestimmungen über abweichende Meinungen zwischen einzelnen Abteilungen des Verfassungsgerichtshofes geben.

Allerdings ist in jedem Fall – auch wenn nach § 19 Abs. 1 VfGG erleichterte Anwesenheitsbestimmungen für das entscheidende Gericht bestehen würden – der Verfassungsgerichtshof nur mit dem Vorsitzenden und wenigstens acht Richtern (§ 7 Abs. 1 VfGG) beschlussfähig, wenn die Meinung der Mehrheit im Widerspruch zu der Rechtsanschauung steht, die der Gerichtshof in früheren Entscheidungen zum Ausdruck gebracht hat³².

29 Siehe dazu BVerfGE 4, 27 (28); die Abweichung muss nicht ausdrücklich, sondern kann auch nach Sinn und Inhalt der Entscheidung erfolgen; vgl. auch Leibholz/Rupprecht, N 2 zu § 16 BVerfGG; Rupp 411.

30 Siehe dazu R. Zuck, Die Selbstbindung des Bundesverfassungsgerichts, NJW 1975, 907 ff. (909, 911); für ihn sind die Voraussetzungen gleich wie bei der Durchbrechung des Prinzips der materiellen Rechtskraft, der "Bindungswirkung i.e.S.".

31 Für den Bundesgerichtshof wurde die Bindung an die in das Judikatenbuch eingetragenen Entscheidungen durch die Revision von 1969 gestrichen (Bundesgesetz vom 19. Juni 1969 über den Obersten Gerichtshof, BGBl 1968, Nr. 328); vgl. hiezu Larenz (Bindungswirkung) 259 sowie Erk.Slg. 6686/1972.

32 Walter (Bundesverfassungsrecht) 716 (Anm. 29).

B. Bindung der Gerichte, Verwaltungsbehörden und Rechtsetzungsorgane an die verfassungsgerichtlichen Entscheidungen

1. Schweiz

Die kantonalen Gerichte und Verwaltungsbehörden sind nicht an die Rechtsanschauung des Bundesgerichtes gebunden, wenn sie Rechtsfragen in gleichgelagerten Fällen zu entscheiden haben³³. Eine "Bindungswirkung" für Gerichte und Verwaltungsbehörden ist in keinem Gesetz statuiert. Das Bundesgericht selbst betrachtet seine Rechtsprechung nicht als verbindliche Rechtsquelle für andere. Seine bei der Beurteilung eines bestimmten Rechtsstreites geäußerte Rechtsauffassung bindet die kantonalen Gerichte und Behörden bei der Entscheidung eines andern Falles nicht³⁴. Diese anlässlich eines Zivilrechtsstreites geäußerte Auffassung hat das Bundesgericht in zahlreichen Willkürbeschwerden bestätigt³⁵. Eine Beschwerde wegen Verletzung von Art. 4 BV wird nicht schon deshalb gutgeheissen, weil sie sich gegen einen von der bundesgerichtlichen Rechtsauffassung abweichenden kantonalen Entscheid wendet. Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes sind keine Rechtsquellen. Sie binden nur die am konkreten Rechtsstreit beteiligten kantonalen Instanzen an das Urteil. Auch im Falle höchstrichterlicher Präjudizien sind die kantonalen Gerichte und Behörden frei, ihren eigenen Rechtsstandpunkt einzunehmen. Eine vom bundesgerichtlichen Urteil abweichende Norminterpretation ist nur willkürlich, wenn sie offensichtlich unhaltbar ist³⁶, und nicht schon wegen der blossen Tatsache, dass sie von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung abweicht.

Das Bundesgericht hebt ausserdem kantonale Entscheidungen nur auf, wenn der Beschwerdeführer im Ergebnis willkürlich behandelt worden ist, und nicht schon dann, wenn die Motive der angefochtenen Entscheidung unhaltbar sind³⁷. Eine unbegründete oder schlecht begründete kantonale Entscheidung ist nicht willkürlich, wenn sie im Ergebnis richtig ist. Das Bundesgericht kann in der kantonalen Ent-

33 Giacometti 254; Meier-Hayoz (Kommentar), N 488 und 489 zu Art. 1 ZGB; Schuler 244; Germann (Präjudizielle Tragweite) 319; Steinitz (zit. in Anm. 15 § 6) 225 (er bejaht eine Rechtskraftwirkung inter omnes der besonders wichtigen entscheidenden "Elemente" des Urteils, die richterlichen Feststellungen und Wertungen, auf denen die Entscheidung aufgebaut ist, dann, wenn der Kreis der am Streit Beteiligten oder "der an seinem Ergebnis Interessierten" so gross ist, dass ein dringendes Bedürfnis diese Erweiterung rechtfertigt).

34 BGE 85 II 406.

35 BGE 93 I 278 ff. (284); 91 I 38; 86 I 265 ff. (269); 73 I 188; 71 I 225 ff. (229); bei staatsrechtlichen Beschwerden wegen Verletzung von Art. 4 BV (Willkür) prüft das Bundesgericht den kantonalen Hoheitsakt allerdings nur auf Willkür hin; gegen eine Rechtsanwendung, die zwar bei freier Prüfung als unrichtig zu beanstanden wäre, die aber nicht eine Norm oder einen klaren und unumstrittenen Rechtsgrundsatz offensichtlich schwer verletzt oder dem Gerechtigkeitsgedanken in stossender Weise zuwiderläuft, kann das Bundesgericht auf Willkürbeschwerde hin nicht eingreifen, BGE 90 I 137 ff. (139, 142 ff.).

36 BGE 71 I 225 ff. (229).

37 BGE 86 I 265 ff. (269).

scheidung neue Motive substituieren³⁸. Das darf es jedoch nicht, wenn die kantonale Behörde ausdrücklich die zu substituierenden Motive ausgeschlossen hat oder wenn die Motive selbst willkürlich sind³⁹.

Selbst wenn Gerichte und Verwaltungsbehörden an höchstrichterliche Präjudizien gebunden wären, könnten sie in den Motiven von der Entscheidung abweichen, nur im Ergebnis müsste die Entscheidung mit dem verfassungsgerichtlichen Präjudiz übereinstimmen. Gemäss der schweizerischen Lösung darf jedoch selbst das Ergebnis der Entscheidung kantonaler Behörden vom bundesgerichtlichen Präjudiz abweichen, nur nicht auf willkürliche Weise. Selbst wenn die bundesgerichtliche Rechtsprechung in einer bestimmten Rechtsfrage seit langem gefestigt ist, kann ein kantonales Gericht entgegen dieser Rechtsauffassung entscheiden. Das Bundesgericht weist die Beschwerde ab, wenn es der kantonalen Instanz beachtliche Gründe für ihre Entscheidung zubilligt, die "zumindest nicht als offensichtlich unrichtig, gerade unhaltbar" ist und daher vor Art. 4 BV standhält⁴⁰.

Diese Rechtspraxis bringt für den Bürger eine gewisse Rechtsunsicherheit mit sich; die Rechtseinheit und das Rechtsschutzinteresse können darunter leiden. Das Bundesgericht setzt jedoch mit Recht das Postulat sachlicher Richtigkeit und die Möglichkeit der Rechtsfortentwicklung, die Elastizität und Flexibilität des Rechts über die Sicherheit und Stabilität der Rechtsordnung⁴¹. Das will jedoch noch nicht heissen, dass die kantonalen Instanzen faktisch sehr leicht und häufig von der bundesgerichtlichen Rechtsauffassung abweichen. Die höchstrichterliche Rechtsprechung geniesst im Gegenteil ein sehr hohes Ansehen, sie ist meist ohne nähere Prü-

38 BGE 96 I 549 E 3.

39 BGE 91 I 38.

40 BGE 93 I 278 ff. (284); in diesem Entscheid focht der Beschwerdeführer eine Verfügung des Kreisamtes Oberengadin an, wonach der Beschwerdeführer als Arrestgläubiger die von ihm unter Vorbehalt geleistete Arrestkaution von Fr. 3'000.- bis zur Aufhebung des Arrests als Sicherheitsleistung beim Kreisamt zu belassen hatte, da der Beschwerdeführer bisher kein Rechtsöffnungsgesuch gestellt hatte und die Möglichkeit bestand, dass sich der Arrest als ungerechtfertigt erwies. Der Beschwerdeführer rügte am Entscheid des Kreisamtes, dass dieses davon ausgegangen sei, es sei ein unmittelbarer Arrestschaden geltend gemacht worden, und dass es gegen die Praxis und Literatur angenommen habe, Art. 273 SchKG lasse den Arrestgläubiger auch für bloss mittelbaren Schaden haften. Das Bundesgericht führte aus, nach seiner Rechtsprechung hafte der Arrestgläubiger nur für den unmittelbaren Schaden, der auf die Behinderung in der Verfügung über die Arrestobjekte zurückzuführen sei. Dieser Auffassung habe sich auch die Rechtslehre angeschlossen. Das Zürcher Obergericht habe jedoch auch schon gegenteilig entschieden. Seine Auffassung stütze sich auf beachtliche Gründe und könne zumindest nicht als offensichtlich unrichtig, geradezu unhaltbar bezeichnet werden. Soweit die angefochtene Arrestkaution zur Deckung der dem Arrestschuldner im Arrestprosequierungsprozess erwachsenden Kosten bestimmt sei, halte sie vor Art. 4 BV stand, obwohl die Kosten des Arrestaufhebungs- und Arrestprosequierungsprozesses nicht zum unmittelbaren Schaden zu rechnen seien und der Entscheid auf einer vom Bundesgericht abweichenden Auslegung von Art. 273 SchKG beruhe. Vgl. als Beispiel auch BGE 101 Ia 77 ff. (79); als willkürlich wurde jedoch die gegenteilige Auffassung einer unteren Instanz vom Bundesgericht in BGE 105 Ia 51 ff. bezeichnet.

41 Meier-Hayoz (Kommentar), N 502 zu Art. 1 ZGB.

fung Vorbild für die kantonale Entscheidung. Damit haben bundesgerichtliche Präjudizien eine sehr grosse faktische Bindungskraft⁴².

Bleibt noch die Frage, ob auch der Gesetzgeber rechtlich an die der Entscheidung zugrunde gelegte Rechtsauffassung des Bundesgerichtes gebunden sei. Als Gesetzgeber sind hier nur kantonale Organe ins Auge zu fassen, da lediglich kantonale generelle Normen direkt angefochten und wegen Verfassungswidrigkeit aufgehoben werden können (Art. 84 Abs. 1 OG).

Die Bindung an bundesgerichtliche Urteile müsste eigentlich für den Gesetzgeber am stärksten sein, denn es ist ja bei abstrakter Normenkontrolle der Sinn verfassungsgerichtlicher Entscheidungen, dass bei direkter Anfechtung genereller Normen inhaltlich gleiche Normen nicht wieder erlassen werden sollen; bundesgerichtliche Erwägungen über gesetzgeberische Möglichkeiten sollten beachtet werden; das gilt auch für gesetzgebende Instanzen, die den verfassungswidrigen Erlass selber nicht gesetzt haben. Dafür gibt es jedoch keine Gewähr und auch keine rechtlichen Sanktionen mit Ausnahme der Bundesaufsicht⁴³. Der Gesetzgeber kann ein inhaltlich gleiches Gesetz wieder erlassen. Das Bundesgericht ist dann darauf angewiesen, dass das Gesetz innerhalb von dreissig Tagen seit Inkrafttreten wieder angefochten wird, um es aufheben zu können. Später bleibt nur noch die Möglichkeit der Kassation individueller Hoheitsakte, die auf dem verfassungswidrigen Erlass beruhen.

Diese mehr theoretischen Erwägungen sollen zeigen, dass die bundesgerichtliche Rechtsprechung allein von den rechtlichen Grundlagen her nur einen ungenügenden Rechtsschutz bietet. Dank der Autorität und des hohen Ansehens des Bundesgerichtes wird seinen Entscheidungen jedoch in der Regel freiwillig nachgelebt; es geht daher von den Entscheidungen auch eine grosse faktische Wirkung aus.

2. Bundesrepublik Deutschland: "Bindungswirkung" gemäss § 31 Abs. 1 BVerfGG

Nach § 31 Abs. 1 BVerfGG binden die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichtes die Verfassungsorgane des Bundes und der Länder sowie alle Gerichte und Behörden. Die von § 31 Abs. 1 BVerfGG betroffenen Verfassungsorgane sind der Bundespräsident, die Bundesregierung, der Bundestag, der Bundesrat sowie alle Verfassungsorgane der Länder, insbesondere die Landesregierung und die Landesvolksvertretung. Ausserdem fallen unter § 31 Abs. 1 BVerfGG alle Behörden und Gerichte des Bundes und der Länder⁴⁴.

Die Formulierung in § 31 Abs. 1 BVerfGG ist unglücklich. Diese gesetzliche Regelung hat mehr Verwirrung als Rechtsklärung gebracht. Lehre und Rechtspre-

⁴² Meier-Hayoz (Kommentar), N 492 zu Art. 1 ZGB.

⁴³ Vgl. zur Vollstreckung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen S. 82 ff.

⁴⁴ Auch kommunale Verwaltungsträger sowie Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des Bundes und der Länder (Maunz/Sigloch/Schmidt-Bleibtreu/Klein, N 16 f. zu § 31 BVerfGG).

chung sind sich nicht einig über Bedeutung und Tragweite des § 31 Abs. 1, denn dieser sagt nichts über den Umfang der "Bindungswirkung" aus⁴⁵. Es stehen sich hauptsächlich zwei Meinungen gegenüber, eine beruht auf einer restriktiven und eine auf einer extensiven Auslegung des § 31 Abs. 1 BVerfGG. Weniger gebräuchlich ist heute die Auffassung, dass nur der Urteilsformel bindende Kraft zukomme, d.h. die Entscheidung nur rechtskraftähnliche Wirkung im konkreten Fall entfalte⁴⁶. Diese aus Gründen der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit vertretene Auffassung besagt jedoch nicht viel mehr, als dass Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichtes überhaupt beachtet werden sollen⁴⁷. Nach der mehrheitlichen Auffassung wie auch nach der Meinung des Bundesverfassungsgerichtes⁴⁸ kommt den Entscheidungen jedoch eine über den Einzelfall hinausgehende Bindungswirkung insofern zu, als die sich aus dem Tenor und den tragenden Gründen der Entscheidung ergebenden Grundsätze für die Auslegung der Verfassung⁴⁹ von den Gerichten und Behörden in allen künftigen Fällen beachtet werden müssen.

Nach einhelliger Auffassung ist es aber schwierig, die "tragenden Entscheidungsgründe" von den übrigen Gründen zu trennen. Die Formel ist wegen der umfangreichen, doktrinären Entscheidungspraxis des Bundesverfassungsgerichtes gefährlich.

45 Siehe hiezu insbesondere die Abhandlungen von Rupp, Hoffmann-Riem, Geiger (Grenzen); W. Endemann, Zur Bindungswirkung von Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichtes im Verfassungsbeschwerdeverfahren, in: Festschrift für Gebhard Müller (Tübingen 1970), 21 ff.; Ossenbühl; H. Brox (zit. in Anm. 30 § 6) 809 ff.; Vogel.

46 Jedoch bei Radek als herrschende Meinung bezeichnet (137 ff., 150); so der Bundesgerichtshof in BGHZ 13, 271 ff.; die Auffassung, dass nur der Urteilsformel bindende Kraft zukomme, gäbe aber, wie Kriele (297) zutreffend meint, keinen Sinn, sondern nur die einfache Feststellung, dass Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichtes im konkreten Fall überhaupt beachtet werden müssen.

47 Einen vermittelnden Vorschlag im Theorienstreit um die Tragweite der Entscheidungsgründe hat denn auch für die Bundesrepublik Deutschland Kriele (294 ff.) geliefert. Für ihn ist die Bindung eine präjudizielle Bindung; damit müsste nur die konkrete Rechtsentscheidung des Verfassungsgerichtes aufrechterhalten werden, den Entscheidungsgründen könnten jedoch auch andere substituiert werden. Krieles Auffassung stützt die eingangs geäußerte These, dass nur die der Entscheidung zugrunde gelegte Rechtsnorm bindende Wirkung haben kann und nur diese so konkretisierte Norm präjudiziell bedeutsam ist.

48 Rupp 405; Endemann (zit. in Anm. 45 hievor) 24; Friesenhahn (Inhalt) 700; siehe hiezu insbesondere Vogel 572 ff.; BVerfGE 1, 14 (37); 19, 377 (392); 20, 56 (87); 24, 289 (297); insbesondere 40, 88; NJW 1975, 1356.

49 Hinsichtlich des Umfangs der Rechtsauffassung erstreckt sich die Bindungswirkung auf diejenigen Teile der Entscheidungsgründe, welche die Auslegung und Anwendung des GG betreffen, und nicht auf Ausführungen über die Auslegung einfacher Gesetze (NJW 1975, 1336).

Vgl. auch Brox (zit. in Anm. 30 § 6) 813 f., 818 f.; Hoffmann-Riem bejaht auch die Erweiterung in objektiver Hinsicht; die Identität der Rechtsfrage bleibt jedoch auch bei Parallel-, Verbund- und Folgefällen bestehen; für eine Erweiterung in objektiver Hinsicht auch Radek (137 ff.); siehe hiezu jedoch auch die Kritik bei Kriele (296); die Erweiterung der Rechtskraftwirkung gebe bei Gestaltungsurteilen keinen Sinn, da das Gestaltungsurteil inter omnes wirke. Dem ist aber entgegenzuhalten, dass auch im Verfassungsbeschwerdeverfahren Gestaltungsurteile ergehen, die einen einzelnen individuell-konkreten Hoheitsakt aufheben, wobei aber ohne weiteres eine über die am Rechtsstreit Beteiligten hinausgehende Wirkung denkbar wäre; gegen eine Ausdehnung in subjektiver Hinsicht beim Bund-Länder-Streit und beim Organstreit Vogel (598 f.).

Es besteht die Möglichkeit des Machtmissbrauchs, des Aufstellens allgemeiner Rechtssätze über das Auslegungsbedürfnis im konkreten Fall hinaus. Auch die obiter dicta sind für den konkreten Streitfall nicht entscheidend und daher nicht bindend⁵⁰.

Aber auch wenn nur die tatsächlich entscheidungserheblich gewordenen Gründe binden sollten, so können wegen der verfassungsmässigen Funktionsverteilung auf die Staatsgewalten jegliche Zweifel an der Verfassungsmässigkeit des § 31 Abs. 1 BVerfGG doch nicht ausgeschaltet werden⁵¹.

Für die Ermittlung des Wesens der "Bindungswirkung" muss von allgemeineren Überlegungen ausgegangen werden: Nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG ist die Auslegung der Verfassung Aufgabe des Bundesverfassungsgerichtes. Die "Bindungswirkung" nach § 31 Abs. 1 BVerfGG kommt den Entscheidungen deshalb zu, weil das Bundesverfassungsgericht die allein massgebliche Instanz für die Auslegung der Verfassung ist⁵². Daraus ergibt sich aber gleichzeitig eine Begrenzung der "Bindungswirkung" hinsichtlich des Umfangs: Die "Bindungswirkung" von Entscheidungen bezieht sich nur auf verfassungsrechtlich unmittelbar relevante Ausführungen, die zudem für den konkreten Rechtsstreit unmittelbar entscheidungserheblich sind. Sie kommt zum Zuge, wenn das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung Verfassungsrecht auslegt oder fortbildet; § 31 Abs. 1 BVerfGG hat vor allem da einen Sinn, wo eine Norm für verfassungsmässig erklärt wird und die Entscheidung nicht schon Gesetzeskraft hat⁵³. Dazu gehört auch die verfassungskonforme Auslegung einfachen Rechts, d.h., die "Bindungswirkung" kommt auch Entscheidungen zu, die eine bestimmte Anwendung oder Auslegung einfachen Rechts für mit dem GG vereinbar erklären⁵⁴. Dabei können untere Gerichte und Behörden nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes eine Norm auch verschieden auslegen; sie müssen die Rechtsauffassung des Bundesverfassungsgerichtes nicht unbedingt teilen, vorausgesetzt, dass sie in ihrer Entscheidung zum gleichen Ergebnis wie das Bundesverfassungsgericht kommen⁵⁵. Auch das Bundesverfassungsgericht selbst ist sich ja oft in der Auslegung einer Norm nicht einig, obgleich es dann im Ergebnis zur Verfassungsmässigkeit oder Verfassungswidrigkeit einer Norm kommt⁵⁶.

Diese Überlegungen haben gezeigt, dass die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichtes über die Auslegung des GG sowie über die verfassungskonforme Auslegung einfacher Gesetze als Präjudizien binden, d.h., Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichtes in den genannten Fällen binden im Ergebnis, nicht aber in den

50 Zum Begriff der "tragenden Gründe" siehe insbesondere Vogel 599 ff.; zum obiter dictum siehe Rupp-von Brünneck (Bundesverfassungsgericht) 367 ff.; Birk (zit. in Anm. 12 hievor) 737 ff.; Hoffmann-Riem 350.

51 Siehe hiezu vorn S. 41 ff., 45 ff.

52 Rupp 406.

53 Hoffmann-Riem 344.

54 Vgl. für das Verfassungsbeschwerdeverfahren Endemann (zit. in Anm. 45 hievor) 27.

55 Siehe Endemann (zit. in Anm. 45 hievor) 35 sowie BVerfGE 22, 322 (329); 26, 302 (310 ff.).

56 BVerfGE 26, 302 (314).

Gründen⁵⁷. Daraus haben sich zahlreiche Missverständnisse ergeben: Bindung als Präjudiz heisst nicht, dass nur der Tenor, nicht aber die Gründe binden; der Tenor ist eben gerade nicht entscheidend, sondern die aus den Gründen herauslesbare Rechtsnorm, auf der die Entscheidung beruht⁵⁸. Diese Rechtsnorm kann in der deutschen Regelung entweder die fortgebildete oder ausgelegte Verfassungsrechtsnorm oder eine verfassungskonform ausgelegte einfachgesetzliche Bestimmung sein. Daran sind die Verfassungsorgane, Gerichte und Behörden nach § 31 Abs. 1 BVerfGG gebunden.

Um diese ganze Problematik ist es in letzter Zeit wieder stiller geworden, hat man doch gesehen, dass ihre tatsächliche Bedeutung gar nicht so gross ist. Verfassungsorgane, Gerichte und Behörden folgen grundsätzlich den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichtes⁵⁹.

3. Österreich

Gemäss Art. 140 Abs. 7 B-VG sind alle Gerichte und Verwaltungsbehörden an den Spruch des Verfassungsgerichtshofes gebunden, wenn ein Gesetz wegen Verfassungswidrigkeit aufgehoben worden ist oder der Verfassungsgerichtshof festgestellt hat, dass ein Gesetz verfassungswidrig war. Auf die vor der Aufhebung verwirklichten Tatbestände mit Ausnahme des Anlassfalles ist jedoch das Gesetz weiterhin anzuwenden. Dasselbe gilt nach Art. 139 Abs. 6 B-VG für die Aufhebung gesetzwidriger Verordnungen.

Diese beiden Bestimmungen sind mit der Verfassungsnovelle von 1975 neu ins B-VG aufgenommen worden. Sie haben bei weitem nicht die gleiche Tragweite wie die im deutschen BVerfGG in § 31 Abs. 1 enthaltene "Bindungswirkung" auf "Verfassungsorgane, Gerichte und Behörden"⁶⁰. Auch kommt die "Bindungswirkung" in den Art. 139 Abs. 6 und 140 Abs. 7 B-VG nur den normverwerfenden Erkenntnissen des Verfassungsgerichtshofes zu. Sie meint daher auch niemals präjudizielle Verbindlichkeit der Entscheidung in gleichen Rechtsfragen schlechthin, sondern will in erster Linie die zeitlichen Folgen der Aufhebung verfassungswidriger Normen durch den Verfassungsgerichtshof regeln⁶¹.

57 Siehe Larenz (Bindungswirkung) 259.

58 Siehe vorn S. 64–67.

59 Vgl. auch Radek 147: Vogel (604, 616) anerkennt eine Bindung an die Gründe der verfassungsgerichtlichen Entscheidungen, will sie jedoch auf das Verbot der Wiederholung gleichartiger Massnahmen beschränken bzw. bei abweisenden Entscheidungen auf die Feststellung, dass auch spätere gleichartige Massnahmen zulässig sind. Zudem erweitere § 31 Abs. 1 BVerfGG die Bindung an die rechtskräftige Entscheidung über den Kreis der Verfahrensbeteiligten hinaus nur in dem Sinn, dass auch andere sich auf die rechtskräftige Entscheidung berufen könnten. Er lehnt eine Bindung zu Lasten nicht am Verfahren Beteiligter ab.

60 In der österreichischen Literatur ist jedoch neuerdings gleichwohl der Begriff "Bindungswirkung" anzutreffen, so z.B. bei Schreiber 53, 55.

61 Die Art. 139 Abs. 6 und 140 Abs. 7 B-VG sind daher erst unter der Gestaltungswirkung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen näher zu betrachten; siehe hinten S. 117 ff.

Die Reform der Art. 139 und 140 B-VG bezweckte insbesondere auch, nunmehr mit der vom verfassungsgerichtlichen Erkenntnis ausgehenden "Bindungswirkung" Gerichte und Verwaltungsbehörden gleichermaßen zu beschlagen.

Andere Bestimmungen über eine allfällige "Bindungswirkung" gibt es nicht.

Die österreichische Lehre sieht im Grundsatz der richterlichen Unabhängigkeit nach Art. 87 Abs. 1 B-VG ein absolutes Verbot jeglicher präjudizieller Bindungswirkung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen⁶². Jedes Gericht soll so entscheiden, dass seine Entscheidung nach gewissenhafter Rechtsüberzeugung dem Gesetz entspricht.

Nach dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der richterlichen Unabhängigkeit sind die Gerichte in ihrer Rechtsprechung nicht an individuelle Normen gebunden⁶³. Sie haben bei der Rechtsfindung weder Weisungen einer Verwaltungsbehörde noch der Rechtsauffassung eines übergeordneten Gerichtes zu folgen, wenn es sich nicht um eine Entscheidung in der gleichen Sache handelt⁶⁴.

Es ist auch bezeichnend für die österreichische Rechtsauffassung, dass man gegen die Verfassungsmässigkeit der Regelung, wonach ein Senat des Obersten Gerichtshofes nur in einem verstärkten Senat von den Präjudizien eines andern Senates abgehen darf, Bedenken hatte⁶⁵.

§ 8 Bindung aller Rechtsunterworfenen: "Gesetzeskraft" der Entscheidung

I. Wesen der Gesetzeskraft

Bei der Normenkontrolle kann die verfassungsgerichtliche Entscheidung nicht nur die am Verfahren beteiligten Parteien, die Gerichte und Verwaltungsbehörden, sondern jedermann¹, der von der geprüften Norm rechtlich betroffen ist, berechtigen oder verpflichten². Ebenso wie dem Inkrafttreten eines Erlasses Allgemeinverbindlichkeit zukommt, wirkt auch seine Aufhebung gegenüber jedermann, womit ihr in gewissem Sinne "Gesetzeskraft" zukommt.

Das Wesen der "Gesetzeskraft" von Entscheidungen ist eng mit dem Umfang der verfassungsgerichtlichen Prüfungsbefugnis verknüpft. Eine Normenkontrollentscheidung kann nur "für und gegen alle" wirken, wenn das Verfassungsgericht die Ver-

62 Art. 87 Abs. 1 B-VG; Walter (Bundesverfassungsrecht) 544; Adamovich 327.

63 Klecatsky, S. 312.

64 Adamovich/Spanner 207 f.

65 Bundesgesetz vom 19. Juni 1968 (zit. in Anm. 31 hievori); siehe zu den Bedenken W. Sperl, Wert und Gefahr der Vorentscheidung und der Publikation, ÖJZ 1968, 259 ff.; gegen diese Bedenken R. Walter, Das Bundesgesetz über den Obersten Gerichtshof, JBl 1969, 173 ff. (177).

1 Alle natürlichen und juristischen Personen.

2 Leibholz/Rupprecht, N 3 zu § 31 BVerfGG.

fassungsmässigkeit einer Norm vollumfänglich geprüft hat. Die “Gesetzeskraft” kommt Entscheidungen zu, die sich ihrer Natur nach auf generelle Normen beziehen. Sie steht nur da zur Diskussion, wo das Verfassungsgericht Rechtsnormen für gültig oder für nichtig erklärt.

Die “Gesetzeskraft” erstreckt die subjektiven Grenzen der Rechtskraft. Die “Gesetzeskraft” tritt kumulativ zur materiellen Rechtskraft und zur “Bindungswirkung” von Entscheidungen hinzu; sie bedeutet eine Steigerung der Bindungswirkung³. Die “Gesetzeskraft” umfasst nur die Entscheidformel. Wegen des rechtsatzähnlichen Charakters der Entscheidung ist es gar nicht möglich, auch die Gründe zu erfassen.

Normbestätigende Entscheidungen haben jedoch faktisch kaum eine über die Bindungswirkung hinausgehende Wirkung, da schon vor der verfassungsgerichtlichen Entscheidung alle an die Norm gebunden sind, d.h. die Norm schon vorher “Gesetzeskraft” gehabt und sich ja auch inhaltlich nicht verändert hat. Die “Gesetzeskraft” besagt daher nicht viel mehr, als dass alle Personen an die verfassungsgerichtliche Aufhebung einer Norm gebunden sind, d.h. dass eine verfassungsgerichtliche aufhebende Entscheidung mit Gestaltungswirkung *inter omnes* wirkt⁴.

Der Begriff “Gesetzeskraft” ist missverständlich. Er bedeutet nicht, dass Entscheidungen mit “Gesetzeskraft” zum Gesetz werden; diese bleiben Richterspruch⁵, auch bleibt der Rang des Prüfungsobjektes der gleiche⁶.

Nicht so jedoch nach der österreichischen Lehre und Rechtsprechung: Sie sieht im Verfassungsgerichtshof einen “Erzeuger genereller Normen”; beim Inhalt der Erkenntnisse auf Feststellung der Gesetzwidrigkeit von Verordnungen oder Verfassungswidrigkeit von Gesetzen handle es sich um eine neue generelle Norm; “Aufhebung” besage nichts anderes als die legislative Wirkung des Erkenntnisses “pro futuro”⁷. Es handelt sich dabei lediglich um eine theoretische Auffassung; sie ändert an der rechtlichen Wirkungskraft verfassungsgerichtlicher Entscheidungen im Ergebnis nichts, geht in der Interpretation verfassungsgerichtlicher Tätigkeit zu weit und verkennt damit das Wesen der Rechtsprechung⁸.

Es ist gewiss nicht zu übersehen, dass die verfassungsgerichtliche Gewalt bei normaufhebenden Entscheidungen ihrem Wesen nach der gesetzgebenden Gewalt sehr nahesteht, insbesondere dann, wenn ihr wie in Österreich hinsichtlich der zeit-

3 Leibholz/Rupprecht, N 3 zu § 31 BVerfGG.

4 Damit geht die verfassungsgerichtliche Normenkontrollentscheidung als rechtsgestaltende Entscheidung über die Feststellungswirkung hinaus und nähert sich der Gestaltungswirkung.

5 Maunz/Sigloch/Schmidt-Bleibtreu/Klein, N 23 zu § 31 BVerfGG; Leibholz/Rupprecht, N 3 zu § 31 BVerfGG; Geiger (Bundesverfassungsgericht), N 9 und 14 zu § 31 BVerfGG; siehe auch Radek 178.

6 Geiger (Bundesverfassungsgericht), N 12 zu § 31 BVerfGG; Maunz/Sigloch/Schmidt-Bleibtreu/Klein, N 30 zu § 31 BVerfGG.

7 Dabei wirkt das aufhebende Erkenntnis nur als legislativer Teilakt, der erst durch die Kundmachung zum “materiell-legislativen Voll-Akt” wird; vgl. statt vieler Kafka 56, 59.

8 Siehe vorn S. 41 ff.

lichen Wirkung und des Auflebenlassens alten Rechts eine weitgehende Gestaltungsbefugnis zukommt⁹.

II. "Gesetzeskraft" von Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes, des deutschen Bundesverfassungsgerichtes und des österreichischen Verfassungsgerichtshofes¹⁰

Nicht alle Normenkontrollentscheidungen haben gesetzesähnliche Kraft. Normaufhebenden Entscheidungen kommt in der Regel immer "Gesetzeskraft" zu, da bereits ein einziger Grund der Verfassungswidrigkeit zur Vernichtung der Norm genügt. Normbestätigende Entscheidungen hingegen können nur so weit "Gesetzeskraft" erlangen, als sie vollumfänglich auf ihre Verfassungsmässigkeit geprüft worden sind.

In der Schweiz ist zudem noch zwischen abstrakten und konkreten Normenkontrollentscheidungen zu unterscheiden¹¹. Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes bei konkreter Normenkontrolle haben keine "Gesetzeskraft", denn normverwerfende Entscheidungen haben nicht die Aufhebung der Norm zur Folge; bei normbestätigenden Entscheidungen ist die Kognitionsbefugnis beschränkt, das Gericht prüft nur die vom Beschwerdeführer geltend gemachten Gründe der Verfassungswidrigkeit; damit ist nicht abgeklärt, ob die geprüfte Norm an anderen Mängeln leidet, so dass es auch hier an "Gesetzeskraft" fehlt¹².

Anders verhält es sich bei den abstrakten Normenkontrollentscheidungen: Wenn das Bundesgericht die Verfassungswidrigkeit einer Norm feststellt, hebt es die Norm mit Wirkung "für und gegen alle" auf. Die formelle Aufhebung und die Publikation sind jedoch Sache der Kantone. Das Bundesgericht selber schreibt seinen Urteilen eine Art "Gesetzeskraft" zu, wenn es sagt, die Aufhebung eines Gesetzes verfolge allgemeine Ziele und wirke daher auch *inter omnes*¹³.

9 Siehe vorn S. 124 ff.; Kafka (65) sieht in der Aufhebung eines Gesetzes durch den Verfassungsgerichtshof und der gleichzeitigen Fristbestimmung für den Erlass der Neuregelung selbst ein Gesetz, das im ordentlichen Verfahren erzeugt worden ist und den Inhalt einer bis anhin nur rechtsanmassenden Vorschrift rezipiert und sie damit zur Norm gemacht hat.

10 Zur rechtlichen Wirkung von Normenkontrollentscheidungen siehe vorn S. 7 ff., 15 ff., 22 ff.

11 Zur abstrakten und konkreten Normenkontrolle in der Schweiz siehe vorn S. 4 ff.

12 Dies zeigt sich z.B. anhand von BGE 105 Ia 67 ff. Das Bundesgericht hatte in jenem Fall im konkreten Normenkontrollverfahren eine Bestimmung des bernischen Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege zu prüfen, wonach (in Verbindung mit der Zivilprozessordnung, auf die das Gesetz verwies) die gewillkürte Parteivertretung vor den obersten kantonalen Steuerjustizbehörden allein den Rechtsanwälten vorbehalten ist. Das Bundesgericht liess die Frage, ob die Bestimmung mit dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit vereinbar war, offen, weil der Beschwerdeführer im konkreten Fall nicht geltend gemacht hatte, dass er sich durch Praxis oder Ausbildung auf dem Gebiet des Steuerrechts besonders qualifiziert hatte. Die Beschwerde wurde abgewiesen.

13 BGE 68 I 29.

Im schweizerischen System würde es jedoch fremd anmuten, von "Gesetzeskraft" zu sprechen, ist doch der Begriff "Gesetz" sehr eng mit dem demokratischen Gedanken verknüpft. Ausserdem ist eine Veröffentlichung der bundesgerichtlichen Entscheidung in einem Gesetzesblatt nicht vorgeschrieben.

Abweisende Entscheidungen bei abstrakter Normenkontrolle haben keine "Gesetzeskraft". Das Bundesgericht bestätigt mit der Abweisung die Verfassungsmässigkeit des angefochtenen Hoheitsaktes nicht, es weist nur die vom Beschwerdeführer geltend gemachten Gründe zurück¹⁴.

In der Bundesrepublik Deutschland spricht § 31 Abs. 2 BVerfGG Normenkontrollentscheidungen schlechthin "Gesetzeskraft" zu. Die "Gesetzeskraft" des § 31 Abs. 2 BVerfGG betrifft die abstrakte und konkrete Normenkontrolle (Art. 93 Abs. 1 Ziff. 2, Art. 100 Abs. 1 GG), die Feststellung, ob eine Regel des Völkerrechts Bestandteil des Bundesrechts ist und ob sie unmittelbare Rechte und Pflichten für den einzelnen erzeugt (Art. 100 Abs. 2 GG), das Normenqualifikationsverfahren (Art. 126 GG) sowie Entscheidungen im Verfassungsbeschwerdeverfahren,

14 So hat das Bundesgericht beispielsweise in BGE 99 Ia 262 ff. in abstrakter Normenkontrolle die Verfassungsmässigkeit einiger Bestimmungen der Verordnung des Regierungsrates des Kantons Zürich über die Bezirksgefängnisse überprüft und die Beschwerde abgewiesen. Es hat insbesondere die Verfassungsmässigkeit der §§ 50 und 51 der Bezirksgefängnisverordnung bejaht, da die Regelung zwar an der Grenze dessen liege, was für die Dauer der Untersuchungshaft als minimale Verbindung mit der Aussenwelt gefordert werden müsse, die Verordnung jedoch für dringliche Angelegenheiten die Erlaubnis zusätzlicher Besuche vorsah und die Wendung "in der Regel" die Möglichkeit für eine flexible Handhabung des Besuchsrechts zulies. Ca. drei Jahre später hatte das Bundesgericht auf indirekte Anfechtung hin nochmals die gleichen beiden Bestimmungen anhand eines konkreten Anwendungsfalles zu überprüfen. Es wies die staatsrechtliche Beschwerde ab, jedoch nicht, weil es die fraglichen Bestimmungen schon einmal auf ihre Verfassungsmässigkeit überprüft hatte, sondern weil sich diese im konkreten Anwendungsfall nicht als eine verfassungswidrige Beschränkung der persönlichen Freiheit erwiesen (BGE 102 Ia 279 ff.).

In BGE 102 Ia 279 ff. hatte sich das Bundesgericht in abstrakter Normenkontrolle zum Teil mit den gleichen Rechtsfragen zu beschäftigen wie in BGE 99 Ia 262 ff. Es hatte eine staatsrechtliche Beschwerde zu beurteilen, mit der einzelne Bestimmungen der Verordnung des Regierungsrates des Kantons Zürich vom 25. Juni 1975 über die kantonalen Polizeigeängnisse direkt angefochten wurden. Diese Normen stimmten inhaltlich zum Teil mit den vom Bundesgericht in BGE 99 Ia 262 ff. geprüften Bestimmungen der Verordnung über die Bezirksgefängnisse überein. Das Bundesgericht führte aus, die Tatsache, dass es die Verfassungsmässigkeit der Bezirksgefängnisverordnung im Sinne der Erwägungen bejaht habe, schliesse eine nochmalige Beurteilung der damals streitigen Fragen nicht aus, da die Beschwerde sich gegen einen neuen Erlass richte. Wenn die Verfassungsmässigkeit eines Erlasses auf eine staatsrechtliche Beschwerde hin bejaht werde, so komme dieser Beurteilung für spätere Entscheide "keine Rechtskraft" zu (E 2, S. 282). Das Bundesgericht hat hier wieder einen ausgedehnten Begriff der Rechtskraft verwendet (vgl. vorn S. 58). Das Bundesgericht hielt denn auch im neuen Entscheid an der in BGE 99 Ia 262 ff. geäusserten Rechtsauffassung nicht im ganzen Umfang fest und betrachtete einige Bestimmungen bei erneuter Überprüfung "nicht als sachgerechte gesetzgeberische Lösung, welche selber die mögliche gebotene Gewähr für eine verfassungsmässige Rechtsanwendung bietet". Vgl. auch BGE 102 Ia 104 ff. E 1b.

wenn das Bundesverfassungsgericht ein Gesetz für mit dem GG vereinbar, unvereinbar oder für nichtig erklärt¹⁵.

Die gesetzesähnliche Wirkung käme jedoch den genannten Entscheidungen auch ohne ausdrückliche Statuierung in § 31 Abs. 2 BVerfGG zu¹⁶. In Österreich und in der Schweiz hat denn auch die "Gesetzeskraft" von Entscheidungen im Gesetz keine ausdrückliche Erwähnung gefunden.

"Gesetzeskraft" haben Entscheidungen des deutschen Bundesverfassungsgerichtes auch, wenn sie ein Gesetz für mit dem GG vereinbar erklären, jedoch nur dann, wenn das Bundesverfassungsgericht alle denkbaren Nichtigkeitsgründe nachgeprüft hat¹⁷. Keine "Gesetzeskraft" haben Entscheidungen, die die Prüfung von Landesrecht zum Gegenstand haben, weil das Bundesverfassungsgericht Landesrecht nur auf seine Bundesrechtmässigkeit überprüfen darf und nicht auf seine Übereinstimmung mit dem Landesrecht¹⁸.

Der Bundesminister der Justiz hat gemäss § 31 Abs. 2 S. 4 BVerfGG die Entscheidformel im BGBl zu veröffentlichen. Die Veröffentlichung im BGBl hat jedoch nur deklaratorische Bedeutung¹⁹. Die "Gesetzeskraft" kommt den Entscheidungen bereits mit ihrer Verkündung oder Zustellung durch das Bundesverfassungsgericht zu. Es scheint jedoch zweifelhaft, weil rechtsstaatlich bedenklich, dass die Aufhebung einer Norm bereits vor der Kundmachung über die Parteien hinaus für und gegen alle zu wirken vermag²⁰.

Auch in Österreich haben gewisse Entscheidungen des Verfassungsgerichtshofes "Gesetzeskraft", nämlich gutheissende Normenkontrollentscheidungen nach Art. 139 und 140 B-VG²¹ sowie Entscheidungen bei Kompetenzkonflikten zwischen Bund und Ländern nach Art. 138 Abs. 2 B-VG, wo er seine Feststellung in einem "Rechtssatz" zusammenfasst²². Dieser "Rechtssatz", der auf der Stufe eines

15 Im Verfassungsbeschwerdeverfahren hat die Entscheidung nach Leibholz/Rupprecht (N 3 zu § 31 BVerfGG) nur Gesetzeskraft, wenn das Bundesverfassungsgericht die Nichtigkeit einer Norm feststellt.

16 Siehe hierzu ausführlicher Friesenhahn (Inhalt) 702 ff.; Friesenhahn misst dem § 31 Abs. 2 BVerfGG keine Bedeutung und Wirksamkeit bei. Nach Vogel (613) erstreckt sich § 31 Abs. 2 BVerfGG auch auf bestätigende Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, was jedoch lediglich für die Publikationspflicht von Bedeutung ist (denn ein Gesetz könne nicht Wirkungen beilegen, die die Verfassung nicht vorsehe und die ihr selber nicht zukämen); für Entscheidungen, durch die ein Gesetz als verfassungswidrig erklärt werde, werde dagegen durch die "Gesetzeskraft" deren Verbindlichkeit mit Wirkung für und gegen alle sichergestellt.

17 BVerfGE 33, 199.

18 BVerfGE 1, 14 ff. (15, 37, insbesondere 64).

19 Leibholz/Rupprecht, N 3 zu § 31 BVerfGG; Geiger (Bundesverfassungsgericht), N 15 zu § 31 BVerfGG.

20 Auf Verfassungsorgane, Gerichte und Behörden wirkt die Entscheidung schon vor der Kundmachung.

21 Hagen (Verfahrenslehre) 65, der den Begriff der "Gesetzeskraft" auch für österreichische Entscheidungen ausdrücklich gebraucht.

22 Der von Adamovich/Spanner (387) gewählte Ausdruck ist allerdings verwirrend, wenn auch bezeichnend für die österreichische Lehre; der Verfassungsgerichtshof hat nur den Begriffsinhalt der in Art. 10–14 B-VG umschriebenen Kompetenztatbestände auszulegen.

Bundesverfassungsgesetzes steht, ist von der Bundeskanzlei unverzüglich im BGBl kundzumachen²³. Ebenso verpflichtet nach Art. 139 Abs. 5 B-VG das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes, mit dem eine Verordnung als gesetzwidrig aufgehoben wird, die zuständige oberste Behörde des Bundes oder des Landes²⁴ zur unverzüglichen Kundmachung; dasselbe gilt nach Art. 140 Abs. 5 B-VG für den Bundeskanzler oder den zuständigen Landeshauptmann bei der Aufhebung von Gesetzen.

Obwohl in der österreichischen Rechtsordnung nicht ausdrücklich von "Gesetzeskraft" der Entscheidungen die Rede ist, sieht die österreichische Lehre in den gutheissenden Normenkontrollentscheidungen nach Art. 139 und 140 B-VG sowie in den Kompetenzfeststellungsentscheidungen eine legislative Funktion des Verfassungsgerichtshofes²⁵. Diese Meinung vertritt auch der Verfassungsgerichtshof selbst: "Der Aufhebung eines Gesetzes durch den Verfassungsgerichtshof kommt im Punkte der Geltung der als verfassungswidrig aufgehobenen Gesetzesvorschrift keine andere Wirkung zu wie der Aufhebung durch den Gesetzgeber"²⁶. Dabei wirkt allerdings das aufhebende Erkenntnis nur als legislativer Teilakt, der erst durch die Kundmachung zum "materiell-legislativen Vollakt" wird²⁷.

Auch abweisende Normenkontrollentscheidungen nach Art. 139 und 140 B-VG haben in gewissem Sinne "Gesetzeskraft". Als ein Beschwerdeführer einen Bescheid u.a. mit der Begründung angefochten hatte, dieser beruhe auf verfassungswidrigen Bestimmungen, deren Verfassungsmässigkeit der Verfassungsgerichtshof in einem früheren Erkenntnis im Verfahren nach Art. 140 B-VG schon einmal auf die gleichen, nun vom Beschwerdeführer geltend gemachten Bedenken überprüft hatte, führte das Gericht aus: "Da dem Art. 140 B-VG nur der Sinn beigemessen werden kann, dass über bestimmt umschriebene Bedenken gegen die Verfassungsmässigkeit eines Gesetzes lediglich ein einziges Mal entschieden werden kann, schafft die Entscheidung über dieselben Bedenken (§ 62 Abs. 1 VerfGG 1953) gegen ein Gesetz nicht nur gegenüber dem Antragsteller, sondern nach allen Seiten Rechtskraft"²⁸.

III. Ergebnis

Es mutet eigentümlich an, dass ausgerechnet die Bundesrepublik Deutschland in § 31 Abs. 2 BVerfGG den Begriff der "Gesetzeskraft" geprägt hat, will doch das Bundesverfassungsgericht nach seiner eigenen Theorie nur die ursprüngliche Nichtig-

23 Erk.Slg. 3055/1956; vgl. auch Melichar (Verfassungsgerichtsbarkeit) 458.

24 Nach der alten Fassung des Art. 139 Abs. 2 B-VG wurde dazu nur "die zuständige Behörde" verpflichtet.

25 Kafka 56.

26 Erk.Slg. 6408/1971 (insbesondere S. 185).

27 Kafka 59.

28 Erk.Slg. 7748/1976; die vom Verfassungsgerichtshof in diesem Fall als "Rechtskraft" bezeichnete Wirkung bezieht sich somit nicht nur auf die am Verfahren beteiligten Parteien, sondern kommt der "Gesetzeskraft" gleich. Vgl. auch Erk.Slg. 5872/1968.

keit einer verfassungswidrigen Norm feststellen, womit eben gerade kein *contrarius actus* zum Erlass des Gesetzgebers nötig wäre²⁹.

Einer ausdrücklichen Regelung der "Gesetzeskraft" bedarf es eigentlich in keinem der drei Länder. Die "Gesetzeskraft" fließt aus der Gestaltungswirkung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen. Der Umfang der Bindungswirkung auf alle Rechtsunterworfenen ergibt sich jeweils aus dem Mass der Rechtsveränderung durch die Entscheidung in den einzelnen Verfahrensarten. Die "Gesetzeskraft" ist ihrem Wesen nach Gestaltungswirkung, sie ist höchstens ihrer Ausstrahlung und Macht nach Bindungswirkung, insbesondere erweiterte Rechtskraftwirkung in subjektiver Hinsicht.

Die "Gesetzeskraft" hat ausserdem keinen Einfluss auf das Wesen der richterlichen Entscheidung; diese wird nicht zum Gesetz, sondern bleibt Richterspruch.

ANHANG

§ 9 Vollstreckbarkeit verfassungsgerichtlicher Entscheidungen

I. Allgemeines zur Vollstreckbarkeit verfassungsgerichtlicher Entscheidungen

Die Vollstreckbarkeit von Entscheidungen ist neben der Bindungswirkung und den Tatbestandswirkungen eine weitere Wirkung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen. Die Vollstreckbarkeit stützt sich wie die wichtigste der Urteilswirkungen, die Bindungswirkung, auf die formelle Rechtskraft gerichtlicher Entscheidungen¹.

Aufgabe des Richters sind die Feststellung des Tatbestandes und die Anwendung objektiven Rechts auf ihn. Mit der Entscheidung ist die Rechtslage geklärt und das Verfahren abgeschlossen. Es ist Sache eines eigenen Verfahrens, die richterliche Entscheidung nötigenfalls auch durchzusetzen². Das geschieht durch die Vollstreckung. Vollstreckung ist die zwangsweise Durchsetzung von gerichtlichen Urteilen³. Vollstreckbar ist nur die Urteilsformel, die Motive der Entscheidung sind es nicht⁴.

29 Zur Natur verfassungswidrigen Rechts siehe hinten S. 93 ff.; vgl. auch Friesenhahn (Inhalt) 704, 707; zur Entwicklung und Herkunft des Begriffs der "Gesetzeskraft" siehe insbesondere Vogel 611.

1 Die formelle Rechtskraft ist in der Regel, jedoch nicht immer, Voraussetzung der Vollstreckbarkeit von Entscheidungen; vgl. Guldener 390.

2 Die Vollstreckungswirkung gehört systematisch gesehen nicht zur Bindungs- oder Feststellungswirkung von Entscheidungen, sondern steht als selbständige Wirkung neben der Bindungswirkung. Wie die Bindungswirkung handelt sie aber auch von der Durchsetzbarkeit der Entscheidung.

3 Zum Begriff der Vollstreckung siehe insbesondere Stein/Jonas (20. Aufl.), N 1 zu I vor § 704.

4 Vgl. auch Guldener 46; Birchmeier 54.

Nicht alle Urteile sind vollstreckbar. Eigenschaft und Umfang der Vollstreckbarkeit einer Entscheidung hängen davon ab, ob die Entscheidung die Anordnung eines bestimmten äusseren Verhaltens enthält⁵. In der Regel sind daher nur Leistungsurteile vollstreckbar⁶. Feststellungs- und Gestaltungsurteile sind nur insoweit vollstreckbar, als sie nicht reine Feststellungs- oder Gestaltungsurteile sind, z.B., wenn sie zusätzlich einer Partei Kosten auferlegen oder Handlungsanweisungen zu einem bestimmten Dulden oder Unterlassen enthalten⁷. Die meisten verfassungsgerichtlichen Entscheidungen sind Feststellungs- oder Gestaltungsurteile⁸. Gestaltungsurteile bewirken den gewünschten Zustand meist bereits durch ihre Ausfällung, sie tragen die Vollstreckung in sich selbst. Feststellungsurteile bedürfen auch keiner Vollstreckung.

Verfassungsgerichtliche Urteile werden in der Regel kraft ihrer Autorität und ihrer erweiterten Rechtskraftwirkung beachtet⁹. Die Frage der Vollstreckbarkeit von Entscheidungen führt an die Grenzen verfassungsgerichtlicher Macht. Bei der Verfassungsgerichtsbarkeit stehen "Macht und Ohnmacht dicht nebeneinander"¹⁰. Auch eine noch so weit ausgebaute Verfassungsgerichtsbarkeit bietet keine Gewähr für den Bestand der verfassungsmässigen Ordnung, wenn Rechtsbewusstsein und Verfassungstreue der Rechtsunterworfenen fehlen.

Verfassungsrechtsprechung beinhaltet Auslegung und Anwendung der Verfassung. Sie ist kraft des Vorrangs der Verfassung leichter durchsetzbar als die Urteile der Zivilgerichte. Auch ist Verfassungsgerichtsbarkeit nicht nur Gerichtsbarkeit über subjektive Rechte, sondern oft über die Rechtsordnung schlechthin. Sie schützt zwingendes Recht. Ausser dem eigentlichen Vollstreckungsverfahren stehen für die Durchsetzbarkeit der verfassungsrechtlichen Ordnung somit auch die sonstigen staatsrechtlichen Sanktionen zur Verfügung¹¹. Neben diesen Sanktionen sind für die Vollstreckung verfassungsgerichtlicher Urteile noch zusätzlich Massnahmen denkbar, die erforderlich sind, um solche Tatsachen zu schaffen, wie sie zur Verwirklichung des verfassungsgerichtlichen Urteils notwendig sind¹². Dabei ist es jedoch ein allgemeines rechtsstaatliches Gebot — nicht nur ein Prinzip des Vollstreckungsrechts —, dass das Vollstreckungsmittel verhältnismässig sein muss. Die Vollstreckungsbehörde soll das jeweils gelindeste noch zum Ziel führende Zwangsmittel anwenden¹³.

Nicht jedes denkbare Vollstreckungsmittel ist jedoch auch zulässig. In Frage kommen für verfassungsgerichtliche Entscheidungen insbesondere die Ersatzvor-

5 Schäffer (Exekution) 202.

6 Voraussetzung ist, dass man vom herkömmlichen Vollstreckungsbegriff ausgeht.

7 Der Typus des reinen Urteils ist selten, die meisten Urteile sind durchmischt mit anderen Elementen.

8 Vgl. vorn S. 25 ff.

9 Vgl. Herzog 37; Schäffer (Exekution) 195.

10 H. Spanner, Probleme der Verfassungsgerichtsbarkeit, ÖJZ 1968, 337 ff. (343).

11 Z.B. die Aufsicht der Zentralgewalt über die Gliedstaaten.

12 BVerfGE 6, 303 f.

13 Schäffer (Exekution) 205.

nahme und unmittelbarer Zwang¹⁴. Bereits diese noch verbleibenden Vollstreckungsmittel rufen jedoch aus rechtsstaatlichen Gründen Bedenken hervor; es stellt sich sogleich die Frage nach der Zulässigkeit solcher Mittel, wenn sie zu Kompetenzverschiebungen führen. So kann das Verfassungsgericht anlässlich der Normenkontrolle bei verfassungswidrigem gesetzgeberischem Unterlassen nicht selber Recht setzen, wenn sich der Gesetzgeber weigert, dies zu tun. Anders wäre die Situation, wenn ein anderes Staatsorgan als das Verfassungsgericht selber zur Ersatzvornahme zuständig wäre¹⁵.

Für die Wahl und die Zulässigkeit der Vollstreckungsmittel kommt es auf das verfassungsgerichtliche Verfahren sowie auf die zuständige Vollstreckungsbehörde an; diese muss nicht notwendigerweise aus dem Verfassungsgericht selber bestehen.

In der Schweiz, der Bundesrepublik Deutschland und in Österreich sind die Bestimmungen über die Vollstreckung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen sehr spärlich. Die Vielfalt der verfassungsgerichtlichen Verfahrensarten macht es dem Gesetzgeber schwer, für alle Entscheidungen einheitliche Bestimmungen zu treffen¹⁶.

II. Vollstreckung der Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes

Nach Art. 102 Ziff. 5 BV vollzieht der Bundesrat die Urteile des Bundesgerichtes. Der Bund besitzt jedoch keine eigenen Vollstreckungsorgane. Art. 39 Abs. 1 OG überträgt daher den Vollzug von Entscheidungen des Bundesgerichtes den Kantonen¹⁷. Die Kantone sind verpflichtet, die Entscheidungen des Bundesgerichtes in gleicher Weise zu vollziehen wie ihre eigenen Entscheidungen. Zuständigkeit und Verfahren richten sich nach kantonalem Recht.

Wegen mangelhafter Vollziehung kann nach Art. 39 Abs. 2 OG Beschwerde beim Bundesrat erhoben werden. Der Bund kann nötigenfalls sein Ziel durch Bundesexekution erreichen, wenn er die Beschwerde gutheisst¹⁸.

Die schweizerischen Bestimmungen über Kompetenzen und Verfahren der Vollstreckung beruhen auf der Tatsache, dass die schweizerische Verfassungsgerichtsbarkeit zur Hauptsache gegen kantonale verfassungswidrige Hoheitsakte gerichtet ist.

Die Vollstreckung verfassungsgerichtlicher Urteile kann nur darin bestehen, dass die kantonalen Behörden den Entscheidungen des Bundesgerichtes Folge leisten. Das ist dann möglich, wenn eine Entscheidung Weisungen oder Befehle an die

14 Schäffer (Exekution) 209.

15 So wäre z.B. denkbar, dass eine Zentralbehörde gliedstaatliches Recht setzen könnte.

16 Spanner (zit. in Anm. 10 hievon) 342.

17 Birchmeier 53; Verwaltungsentscheide der Bundesbehörden 30 (1961), Nr. 41, S. 73.

18 Giacometti 261; Steinitz (zit. in Anm. 15 § 6) 219 f.

kantonale Behörde enthält¹⁹. Das Dispositiv muss auf ein Tun, Dulden oder Unterlassen gerichtet sein, es muss somit "verurteilende" Elemente enthalten. Reine Feststellungsurteile können nicht Grundlage einer Vollstreckung bilden, da sie niemanden zu einer Leistung verpflichten, sondern sich lediglich über den Bestand oder Nichtbestand eines Rechts oder Rechtsverhältnisses aussprechen. Auch reine Gestaltungsurteile, die nur auf Begründung, Aufhebung oder Änderung eines Rechtszustandes gerichtet sind, können nicht vollstreckt werden; die Rechtsänderung tritt mit der formellen Rechtskraft ein²⁰.

Entscheidungen des Bundesgerichtes über Kompetenzstreitigkeiten sind in der Regel Feststellungsurteile und bedürfen nicht der Vollstreckung. Wenn sich jedoch ein Kanton weigert, dem bundesgerichtlichen Urteil, das die kantonale Kompetenz verneint, nachzuleben, steht dem Bund die Bundesexekution zur Verfügung. Kompetenzkonflikt und Bundesexekution zusammen kommen nur in Frage, wenn die Bundeskompetenz vom Kanton und nicht vom Bund bestritten wird. Bei der Bundesexekution hat der Bundesrat der Bundesversammlung Bericht zu erstatten und von ihr die Ermächtigung zur Ergreifung von Zwangsmassnahmen einzuholen²¹.

Vollstreckbar ist stets nur das Dispositiv eines Urteils. Wenn jedoch eine Beschwerde "im Sinne der Erwägungen" gutgeheissen wird und das Bundesgericht in den Urteilsmotiven eine Anordnung trifft, die es ebensogut ins Dispositiv hätte nehmen können, so sind auch die in den Erwägungen vorgesehenen Massnahmen vollstreckbar. Eine Anfechtung der Vollstreckung der Entscheidungsgründe ohne Anfechtung der Vollstreckung der Entscheidformel gibt es jedoch nicht²².

III. Vollstreckung der Entscheidungen des deutschen Bundesverfassungsgerichtes²³

Das GG spricht im Gegensatz zur schweizerischen und österreichischen Verfassung nirgends von der Vollstreckung verfassungsgerichtlicher Urteile. § 35 BVerfGG ermächtigt jedoch das Bundesverfassungsgericht, in seiner Entscheidung selber zu bestimmen, wer sie vollstrecken soll. Es kann dabei auch im Einzelfall die Art und Weise der Vollstreckung regeln.

Das deutsche Recht fasst den Begriff der Vollstreckung weit. Vollstreckung ist "der Inbegriff aller Massnahmen, die erforderlich sind, um solche Tatsachen zu schaffen, wie sie zur Verwirklichung des vom Bundesverfassungsgericht gefundenen

¹⁹ Giacometti 260.

²⁰ Verwaltungsentscheide der Bundesbehörden 30 (1961), Nr. 41, S. 73 f.; 29 (1959–1960), Nr. 40, S. 87 f.; 19/20 (1948–1950), Nr. 44, S. 101; vgl. auch Birchmeier 53 f.

²¹ Fleiner/Giacometti 143 f.

²² Verwaltungsentscheide der Bundesbehörden 19/20 (1948–1950), Nr. 44, S. 98, 101.

²³ Das Problem der Vollstreckung ist nicht von grosser praktischer Bedeutung, da die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts in der Regel ihres autoritativen Charakters wegen hingenommen werden; vgl. auch Herzog 37.

Rechts notwendig sind”²⁴. Der Vollstreckung fähig sind im deutschen Recht nicht nur Leistungsurteile, sondern auch Feststellungsurteile²⁵. Viele Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichtes ergehen als Feststellungsurteile. Das Bundesverfassungsgericht will die verfassungsrechtlichen Grundlagen klären, ohne eigentlich den Streit der Parteien durch eine im zivilprozessualen Sinne “vollstreckbare” Entscheidung zu beenden. Auch wenn das Bundesverfassungsgericht über verletzte Rechte entscheidet, steht es weniger im Dienste subjektiver Rechtsverfolgung als im Dienste objektiver Bewahrung des Verfassungsrechts²⁶. Die Vollstreckungsanordnung durch das Bundesverfassungsgericht als der höchsten und mächtigsten Instanz des Verfassungsschutzes muss daher Gewähr bieten, dass der durch die Entscheidung festgestellte verfassungsmässige Zustand auch wirklich besteht oder herbeigeführt wird²⁷. Für die Vollstreckungsentscheidung des Bundesverfassungsgerichtes hat der Gesetzgeber daher ein besonderes Verfahren bewusst nicht vorgeschrieben, “um dem Gericht volle Freiheit zu belassen, das Gebotene in der jeweils sachgerechtesten, raschesten, zweckmässigsten, einfachsten und wirksamsten Weise zu erreichen”²⁸.

Angesichts dieser extensiven Auslegung des § 35 BVerfGG durch das Bundesverfassungsgericht selbst hat die Lehre allerdings Zweifel an der Verfassungsmässigkeit des § 35 geäussert²⁹. Es fragt sich, ob das Bundesverfassungsgericht bei der Anordnung der Vollstreckung an die in der Verfassung niedergelegten Zuständigkeits- und Verfahrensregeln gebunden ist oder ob es – wie das Bundesverfassungsgericht selber meint – alle zur Durchsetzung seiner Entscheidungen notwendigen Anordnungen treffen darf³⁰. Die Frage der Vollstreckungskompetenzen ist im Zusammenhang mit dem Gedanken der Gewaltenteilung und der Beziehung der Staatsgewalten zueinander zu sehen. Aufgabe des Bundesverfassungsgerichtes ist Rechtsprechung unter gleichzeitiger Bindung an die Verfassung, Rechtsentscheidung, nicht Ermessensentscheidung. Dort, wo das Verfassungsgericht eigentliche Verfassungskonflikte entscheidet und seine Entscheidung in der Regel Feststellungsurteil ist wie bei Konflikten zwischen Bund und Ländern (Art. 37, 91 Abs. 2 GG), zwischen Bundestag und Bundesregierung (Art. 68, 81 GG) und zwischen Bundestag bzw. Bundesrat und Bundespräsident (Art. 61 GG), muss es auf seine

24 Arndt, DVBl 66 (1952), 1 ff. (3); vgl. auch BVerfGE 6, 300 (304); Spanner (Bundesverfassungsgericht) 46; Herzog 49 f.

25 BVerfGE 6, 304 sowie auch 264 ff.

26 BVerfGE 2, 79 (86).

27 Vgl. auch BVerfGE 6, 300 (304).

28 BVerfGE 6, 304.

29 Vgl. Herzog 38.

30 Es stellt sich insbesondere die Frage, ob eine einfachgesetzliche Bestimmung wie § 35 BVerfGG die Zuständigkeitsordnung des GG überhaupt durchbrechen könne; vgl. Herzog 41 (Herzog, der die Frage verneint, könnte jedoch entgegengehalten werden, dass § 35 BVerfGG eigentlich einen ungeschriebenen Verfassungsrechtssatz verwirkliche in dem Sinn, dass der Verfassungsgeber zugleich die Durchsetzung der Entscheidung garantieren wolle, indem er das Institut der Verfassungsgerichtsbarkeit eingerichtet habe).

Autorität und die Loyalität der Verfassungsorgane bauen; es stehen ihm keine dem GG widersprechende Kompetenzen zu³¹.

Die Durchsetzung von Normenkontrollentscheidungen ist – soweit nötig – durch die Nichtigerklärung und Aufhebung der Norm garantiert. Diese Entscheidungen sind als Gestaltungsurteile mit der Veröffentlichung im Bundes- oder Landesgesetzblatt bereits vollzogen. Wenn jedoch Normenkontrollentscheidungen nur Feststellungsurteile sind³² und nicht die Aufhebung der verfassungswidrigen Norm bewirken, so sind sie auch nicht mit Zwang durchsetzbar. Das weitere Vorgehen zur Herstellung des verfassungsmässigen Zustandes bleibt dann dem Gesetzgeber überlassen. Grosse Einwirkungsmöglichkeiten auf den Gesetzgeber stehen dem Bundesverfassungsgericht nicht zu³³. Das Bundesverfassungsgericht baut jedoch auf die “moralische” Wirkung, die es auf den Gesetzgeber ausüben hofft. Es setzt die loyale Zusammenarbeit der staatlichen Organe voraus³⁴.

Bei der Aufhebung verfassungswidriger Verwaltungsakte oder Gerichtsentscheide im Verfassungsbeschwerdeverfahren bedarf die gerichtliche Entscheidung keiner Vollstreckung mehr.

Die Frage der Vollstreckungsmittel hat sich das Bundesverfassungsgericht eigentlich fast immer nur im Zusammenhang mit uneigentlichen Verfassungskonflikten gestellt, insbesondere bei Parteienverboten (Art. 21 Abs. 2 GG). Hier betont es immer wieder, dass es für die Durchsetzung seiner Entscheidung zum Einsatz aller Mittel befugt sei. Es betraut die Polizeibehörden der Länder mit der Exekution. “Die Polizeibehörden haben alle dem Vollzug des Urteils dienenden Massnahmen zu treffen, ohne durch andere als allgemeingültige rechtsstaatliche Regeln gehindert zu sein”³⁵.

In der Schlichtung uneigentlicher Verfassungsrechtsstreitigkeiten lässt sich der Grundsatz der Effektivität der Vollstreckungsmittel vertreten. Jedoch gilt auch hier immer das rechtsstaatliche Prinzip der Verhältnismässigkeit der Mittel³⁶.

31 Vgl. Herzog 46 ff. Verstösst ein solches Organ gegen ein verfassungsgerichtliches Urteil, so gibt es kein Mittel der Gewaltanwendung, der Zwangsvollstreckung der Entscheidung (ministerial- oder regierungsfreier Raum).

32 Siehe oben S. 26 f.

33 Eine Möglichkeit ist z.B. die “Appellentscheidung”, die Hinweise an den Gesetzgeber enthält; siehe hinten S. 113 ff.

34 BVerfGE 6, 257 (266).

35 BVerfGE 5, 393; vgl. auch 12, 78 f.

36 Vgl. auch Herzog 47; immer soll zuerst das Aufsichtsorgan eingesetzt werden.

IV. Vollstreckung der Entscheidungen des österreichischen Verfassungsgerichtshofes³⁷

Die Vollstreckung der Entscheidungen des Verfassungsgerichtshofes obliegt gemäss Art. 146 Abs. 2 B-VG dem Bundespräsidenten (ausser bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten, Art. 146 Abs. 2 B-VG). Er kann dazu nach seinem Ermessen die Organe des Bundes oder der Länder beauftragen und ihnen Weisungen erteilen. Der Bundespräsident hat bei der Wahl der Vollstreckungsmittel stets den Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu wahren. Den Antrag auf Exekution der Entscheidung stellt der Verfassungsgerichtshof selbst³⁸. Die österreichische Lehre und Rechtsprechung gehen wie die schweizerische von einem engen, technischen Exekutionsbegriff aus³⁹. Vollstreckung ist die Erfüllung einer bestehenden Verpflichtung durch einen Zwangsakt⁴⁰. Dem Vollstreckungsverfahren nach Art. 146 B-VG kommt staatsrechtliche Eigenständigkeit zu⁴¹.

Die Vollstreckung setzt voraus, dass ein Erkenntnis vorliegt, das seinem Inhalt nach vollstreckt werden kann. Feststellungs- und Gestaltungsurteile können demnach bei einem engen Vollstreckungsbegriff nicht vollstreckt werden. Die Vollstreckung ist ausgeschlossen, wenn eine zuständige Verwaltungsbehörde untätig bleibt, nachdem der Verfassungsgerichtshof einen Bescheid im Beschwerdeverfahren nach Art. 144 B-VG aufgehoben hat⁴².

37 Siehe hiezu insbesondere die Abhandlung von Schäffer (Exekution).

38 Die Weisungen des Bundespräsidenten bedürfen ausser im Falle der Exekution gegen den Bund oder gegen Bundesorgane der Gegenzeichnung nach Art. 67 B-VG (Art. 146 Abs. 2 B-VG); vgl. Schäffer (Exekution) 192 f.

39 Schäffer (Exekution) 197; der technische Exekutionsbegriff schliesst die Vornahme aller nötigen Zwangsakte in sich ein.

40 Schäffer (Exekution) 194.

41 Schäffer (Exekution) 204.

42 Klecatsky, Komm. zu Art. 146 B-VG.

So verlangte beispielsweise ein Antragsteller, der Verfassungsgerichtshof möge beim Bundespräsidenten gemäss Art. 146 Abs. 2 B-VG die Exekution eines früheren Erkenntnisses verlangen, in dem Sinne, dass der Landeshauptmann bzw. das Land Vorarlberg, Landesagarsenat Vorarlberg, verpflichtet werde, ihm den Originalkaufvertrag über eine Liegenschaft unverzüglich auszufertigen und gleichzeitig eine Bescheinigung auszustellen, die die Beurkundung ohne weitere Formalitäten ermögliche. Der Verfassungsgerichtshof wies den Antrag als unzulässig zurück, da auf eine Verurteilung zu einer Leistung, deren zwangsweise Durchsetzung der Antragsteller begehrte, im früheren Erkenntnis nicht erkannt worden war (Erk.Slg. 6426/1971 im Zusammenhang mit Erk.Slg. 6350/1970).

Ebenso lehnte der Verfassungsgerichtshof in Erk.Slg. 7692/1975 ein Vollstreckungsbegehren ab, mit dem ersucht wurde, "der VfGH wolle gemäss Art. 146 Abs. 2 B-VG die Exekution des Erkenntnisses ... bei dem Herrn Bundespräsidenten beantragen und diesem anheimstellen, die Exekution mittels grundbücherlicher Einverleibung unseres Eigentumsrechtes und Wiederherstellung des vor der Enteignung bestandenen rechtlichen und technischen Zustandes vollziehen zu lassen". Der Verfassungsgerichtshof war der Ansicht, soweit das Erkenntnis die Aufhebung der letztinstanzlichen Bescheide ausspreche, erschöpfe es sich in diesem Ausspruch. Die angefochtenen Bescheide würden mit der Fällung des Erkenntnisses aufgehoben. Eine Exekution des Erkenntnisses sei daher begrifflich nicht möglich. Komme jedoch die Behörde, deren Bescheid vom Verfassungsgerichtshof aufgehoben worden sei, der ihr gemäss § 87 Abs. 2 VfGG obliegenden Verpflichtung zum unverzüglichen

Kompetenzkonfliktsentscheidungen (Art. 126a, 138 Abs. 1 B-VG) sind, soweit sie Feststellungsurteile sind, nicht vollstreckbar. Die "Vollstreckung" erfolgt auf anderem Wege, beispielsweise durch verwaltungsgerichtliche Entscheidung⁴³. Genau wie die Normenkontrollentscheidungen enthalten jedoch auch die Kompetenzfeststellungen des Verfassungsgerichtshofes den Befehl zur Veröffentlichung des Urteils, was einer Leistungsverpflichtung gleichkommt; insofern sind sie daher vollstreckbar. Vollstreckungsmittel ist die Ersatzvornahme durch den Bundespräsidenten. Im übrigen sind Normenkontrollentscheidungen nicht vollstreckbar, die Aufhebung der verfassungswidrigen Norm ist durch die Veröffentlichung garantiert.

Zusammenfassung 3. Teil

1. Die Feststellungs- oder Bindungswirkung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen bedeutet deren inhaltliche Massgeblichkeit und umfasst die materielle Rechtskraft, die Bindungswirkung im engeren Sinn und die Gesetzeskraft verfassungsgerichtlicher Entscheidungen. Die formelle Rechtskraft gehört nicht zur Bindungswirkung, ist jedoch deren notwendige Voraussetzung.
2. Die Bindungswirkung hat eine *materiellrechtliche* und eine *prozessuale Seite*, welche beide ineinander verflochten sind. Die materiellrechtliche oder legislative Funktion verfassungsgerichtlicher Entscheidungen bezweckt eine generelle Bindung aller Rechtsunterworfenen, die prozessuale Funktion nur der am Verfahren Beteiligten. Der Umfang der Bindungswirkung ist verschieden gross, je nachdem, ob man die materielle Rechtskraft, die Bindungswirkung im engeren Sinn oder die Gesetzeskraft von Entscheidungen betrachtet.
3. Grundsätzlich werden alle verfassungsgerichtlichen Entscheidungen in der Schweiz, der Bundesrepublik Deutschland und in Österreich *materiell rechtskräftig*, denn die materielle Rechtskraft ist ein Gebot des Rechtsfriedens und der Rechtssicherheit und ein notwendiger Bestandteil jedes gerichtlichen Verfahrens. Die im Entscheidungsdispositiv und in den Entscheidungsgründen, auf die im Dispositiv ausdrücklich verwiesen wird, ausgesprochene Rechtsauffassung ist für die am Verfahren beteiligten Parteien (einschliesslich der indirekt beteiligten Behörden) und das erkennende Gericht selbst in der gleichen Sache (welche auch – wie im Normenkontrollverfahren – eine Norm sein kann) verbindlich.
4. Die *Bindungswirkung im engeren Sinne* kommt nicht allen verfassungsgerichtlichen Entscheidungen zu. (Man spricht von Bindungswirkung im engeren Sinne, wenn gerichtliche Entscheidungen eine über den einzelnen Rechtsstreit

Erlass eines Ersatzbescheides nicht nach, so stehe dem Antragsteller, da es sich nicht um eine Angelegenheit handle, die von der Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtshofes ausgeschlossen sei, die Geltendmachung der Entscheidungspflicht gemäss Art. 132 B-VG zu.

43 Schäffer (Exekution) 211 ff.

hinausgehende Wirkung entfalten, wobei die Verfassungsorgane, Gerichte und Behörden in allen künftigen Fällen an die der Entscheidung zugrunde gelegte konkretisierte Rechtsnorm präjudiziell gebunden sind.)

- a) Eine *Selbstbindung* des Verfassungsgerichtes ist in allen drei Ländern zu verneinen. Faktisch halten die Verfassungsgerichte jedoch meist an ihren früher geäußerten Rechtsauffassungen fest.
 - b) *Gerichte, Verwaltungsbehörden und Rechtsetzungsorgane* sind in der Schweiz und Österreich in künftigen Fällen nicht an verfassungsgerichtliche Entscheidungen gebunden. Der Grundsatz der richterlichen Unabhängigkeit insbesondere bedeutet ein absolutes Verbot jeglicher präjudizieller Bindungswirkung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen. In der Bundesrepublik Deutschland hingegen binden die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichtes über die Auslegung und Fortbildung des Grundgesetzes und die verfassungskonforme Auslegung einfacher Gesetze Gerichte und Verwaltungsbehörden; dabei ist nicht der Tenor entscheidend, sondern die aus den Entscheidungsgründen herauslesbare Rechtsnorm, auf der die Entscheidung beruht.
5. Die Aufhebung eines verfassungswidrigen Erlasses wirkt gegenüber jedermann, womit der verfassungsgerichtlichen Entscheidung in einem gewissen Sinne *Gesetzeskraft* zukommt. Die Gesetzeskraft von Entscheidungen bedarf keiner ausdrücklichen Regelung, sie ergibt sich in jedem Land aus dem Mass der Rechtsveränderung durch die Entscheidung.
 6. Verfassungsgerichtliche Entscheidungen sind grundsätzlich *vollstreckbar*, tragen jedoch in der Regel die Vollstreckung in sich selbst. Die Schweiz und Österreich gehen von einem engen Vollstreckungsbegriff aus und erklären nur Leistungsurteile für vollstreckbar; in der Bundesrepublik Deutschland sind alle Urteile vollstreckbar. Dementsprechend kann das deutsche Bundesverfassungsgericht zur Vollstreckung seiner Entscheidungen das Geeignete anordnen, währenddem in Österreich dem Bundespräsidenten und in der Schweiz den Kantonen die Aufgabe der Vollstreckung zukommt. Die Frage der Durchsetzbarkeit von Entscheidungen sollte jedoch letztlich nicht eine Frage der Zwangsmittel, sondern der verfassungsrichterlichen Autorität sein.

4. TEIL

Gestaltungswirkung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen. Zur Aufhebung verfassungswidriger Rechtsetzungsakte

Einleitung

Mit der Klärung der Feststellungs- oder Bindungswirkung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen, welche sich entsprechend ihrer Tragweite auf die Prozessparteien, auf die Verfassungsorgane oder auf alle Rechtsunterworfenen schlechthin beziehen, ist über das rechtliche Schicksal des verfassungswidrigen Rechtsetzungsaktes selbst noch nichts ausgesagt. Im folgenden Teil geht es daher um die rechtlichen Folgen verfassungsgerichtlicher Kontrolle für den verfassungswidrigen Erlass selbst und für die zu klärende Rechtslage. Darüber gibt die Gestaltungswirkung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen Auskunft. Sie bedeutet die Änderung der materiellen Rechtslage als Folge einer formell rechtskräftigen Entscheidung und wird im Dispositiv der Entscheidung ausdrücklich ausgesprochen.

Nach Erkenntnis der Verfassungswidrigkeit eines Rechtsetzungsaktes stellt sich das Problem, auf welche Weise die verfassungsmässige Rechtslage wiederhergestellt werden könne. Genügt eine förmliche Feststellung der Verfassungswidrigkeit durch das Verfassungsgericht, ohne dass an die Entscheidung irgendwelche Sanktionen geknüpft werden, oder bedarf es einer direkten Aufhebung oder Nichtigkeitserklärung des verfassungswidrigen Rechtsetzungsaktes durch das erkennende Gericht selbst? Entscheidet sich der Verfassungsgeber für die Aufhebung oder Nichtigkeitserklärung eines Rechtsetzungsaktes, so tauchen wieder neue Fragen auf: Einerseits erhebt sich die Frage nach dem Zeitpunkt der Nichtigkeit verfassungswidrigen Rechts. Ist nichtiges (weil verfassungswidriges) Recht von Anfang an nichtig oder ist verfassungswidriges Recht erst im Zeitpunkt der Feststellung der Verfassungswidrigkeit aufgehoben und damit nichtig, da es ja bisher Rechtswirkungen entfaltet hat? Oder kann gar der Eintritt der Nichtigkeit erst in einem späteren Zeitpunkt erfolgen, um eine unbefriedigende Rechtslage zu vermeiden? Andererseits ist mit der Sanktionsmöglichkeit des Verfassungsrichters ganz allgemein die Problematik der Stellung und Aufgabe des Verfassungsrichters in der rechtsstaatlichen Demokratie berührt.

Die Bestimmung des Zeitpunktes der Nichtigkeit verfassungswidriger Erlasse ist nicht nur ein rechtstheoretisches Problem, sondern vor allem auch ein Problem der Zweckmässigkeit und der Rechtssicherheit. Begnügt sich das Verfassungsgericht mit der förmlichen Feststellung der Verfassungswidrigkeit, so können daraus unliebsame Folgen entstehen. Eine verfassungswidrige Norm, die weiterhin in Kraft bleibt, schafft einen ungewissen Rechtszustand und kann dem Rechtsschutzbedürfnis des

einzelnen nicht immer Genüge leisten; sie sollte möglichst bald durch klares, verfassungskonformes Recht ersetzt werden.

Dieser Gedanke führt weiter zur Frage, wer denn verfassungswidriges Recht durch verfassungskonformes Recht ersetzen solle, der Verfassungsrichter oder diejenige Instanz, die das verfassungswidrige Recht gesetzt hat. Würde der Verfassungsrichter selber neues Recht setzen, so amtete er als materieller Gesetzgeber, was seiner angestammten Funktion in krasser Weise widersprechen würde. Es fragt sich sogar, ob sich der Richter allenfalls schon dann als Gesetzgeber betätige, wenn er durch sein ohne Zweifel rechtsgestaltendes Urteil eine Norm aufhebt. Diese Frage ist jedoch — wie im 2. Teil dargelegt wurde — zu verneinen. Nachdem die Aufgabe der Rechtsetzung anerkanntermassen dem Gesetzgeber zukommt, fragt es sich, in welchem Umfang der Richter dem Gesetzgeber Handlungsanweisungen und Direktiven zur Gesetzgebung geben, Fristen für sein Tätigwerden setzen oder Regelungsalternativen aufzeigen dürfe, und alsdann, ob sich der Gesetzgeber auch daran halten müsse; wäre dies der Fall, so müssten dem Richter allenfalls auch Sanktionen gegenüber einem eigensinnigen Gesetzgeber zur Verfügung stehen.

Rechtsetzungsakte können die Verfassung auf verschiedene Weise verletzen. Man unterscheidet mittelbare und unmittelbare, ursprüngliche und abgeleitete Verfassungsverletzungen. Bei der unmittelbaren Verfassungsverletzung wird Verfassungsrecht verletzt, indem es unmittelbar falsch angewandt, ausgelegt oder überhaupt nicht beachtet wird, bei mittelbaren Verfassungsverletzungen wird ein an sich verfassungsmässiges Gesetz oder eine verfassungsmässige Verordnung falsch angewandt oder ausgelegt, der Sinn des Erlasses wird verfehlt. Die mittelbare Verfassungsverletzung ist zugleich eine ursprüngliche; ursprüngliche Verfassungsverletzungen gibt es aber auch bei verfassungswidrigen Gesetzen oder bei Verordnungen, die sich nicht auf ein Gesetz stützen können. Im Gegensatz dazu ist die Verfassungsverletzung eine abgeleitete, wenn ein Hoheitsakt aufgrund eines verfassungswidrigen höheren Erlasses ergeht, wenn z.B. eine verfassungswidrige Verfügung auf einer verfassungswidrigen Verordnung oder einem verfassungswidrigen Gesetz beruht¹. Konkrete Normenkontrolle und Verfassungsbeschwerde haben unmittelbare und mittelbare, abgeleitete und ursprüngliche Verfassungsverletzungen zum Gegenstand, die abstrakte Normenkontrolle befasst sich mit allen ausser der mittelbaren Verfassungsverletzung. Die mittelbare Verfassungsverletzung ist der häufigste Anlass zur Verfassungsbeschwerde.

Anstoss zu einem verfassungsgerichtlichen Verfahren gibt meist eine (rechtsanwendende) Verfügung oder eine richterliche Entscheidung. Mit ihrer Aufhebung ist der Verfassungsrechtsstreit meist beendet. Besondere Aufmerksamkeit verdienen jedoch diejenigen verfassungsgerichtlichen Entscheidungen, die direkt oder indirekt die Aufhebung oder Verfassungswidrigerklärung einer generellen Norm zum Gegenstand haben, denn davon werden ausser dem Gesetzgeber alle Rechtsunterworfenen

betroffen. Diese Problematik wird denn auch im folgenden Teil bei den Gestaltungswirkungen behandelt.

§ 10 Zur Natur verfassungswidrigen Rechts. Anfechtbarkeit und Nichtigkeit

I. Allgemeines

Aus der vorstehenden rechtsvergleichenden Darstellung der verfassungsgerichtlichen Normenkontrolle und deren Rechtswirkungen ist ersichtlich, dass jedes der drei Länder eine eigene Art der Vernichtung verfassungswidrigen Rechts kennt, ja, dass selbst im gleichen Land die Rechtsfolgen abstrakter und konkreter Normenkontrolle verschieden sein können.

Ein Verfassungsgericht kann den als verfassungswidrig erkannten Erlass im konkreten Fall nicht anwenden, oder es kann ihn aufheben, sei es mit Wirkung *ex tunc*, *ex nunc* oder *pro futuro*. Bei der Normenkontrolle sind somit verschiedene Rechtsfolgen denkbar, ohne dass eine bestimmte Lösung zwingend wäre. Der Zuordnung bestimmter Rechtsfolgen zu einem Normenkontrollverfahren liegen nicht rechtstheoretische, sondern praktische Erwägungen zugrunde. Über Nichtigkeit und Gültigkeit einer Norm ist nicht abstrakt zu richten, sondern im Hinblick auf die konkreten Rechtsfolgen¹. Gleichwohl wird das Problem der zeitlichen Wirkung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen oft vermischt mit der Bedeutung des aufhebenden Entscheides für die Natur verfassungswidrigen Rechts².

Die Verfassungswidrigkeit von Rechtssätzen ist nicht immer sogleich erkennbar. Wenn Rechtsnormen die Mindestanforderungen genereller Rechtssätze erfüllen, wird ihre Gültigkeit vermutet, bis die Verfassungswidrigkeit autoritativ festgestellt wird³. Die Aufgabe, die Gültigkeit eines Erlasses zu widerlegen, kommt dem Verfassungsgericht (sowie eventuell jedem Gericht im Rahmen des akzessorischen richterlichen Prüfungsrechts) zu. Der Richter darf von Amtes wegen nur richtiges (verfassungsmässiges) Recht anwenden. Dabei kann das Verfassungsgericht den verfassungswidrigen Erlass auf den konkreten Fall nicht anwenden, oder es kann ihn aufheben, sei es mit Wirkung *ex tunc*, *ex nunc* oder *pro futuro*. Man kann

1 Imboden (Staatsakt) 7; Burckhardt (Methode) 98.

2 So Imboden (Staatsakt) 63 ff. ("Dadurch, dass dem Aufhebungsakt Wirkung *ex tunc* zugesprochen wird, erfährt die Frage nach der Bedeutung des autoritativen Nichtigkeitsentscheides eine nicht zulässige Verquickung mit dem Problem der Rückwirkung ... Ein auf einen nichtigen Erlass gestützter Staatsakt (ist) im Prinzip nicht nichtig, sondern nur anfechtbar. Folglich bleiben auch nach der ausdrücklichen Aufhebung einer nichtigen Anordnung – z.B. eines Gesetzes – die auf diese Anordnung gestützten Ausführungsverfügungen insofern gültig, als ihre Anfechtung unterblieben ist. Dem positiven Recht steht es aber frei, eine solche Rückwirkung zu dekretieren" (S. 57)).

3 Imboden (Staatsakt) 63 ff.

daher nicht sagen, dass verfassungswidriges Recht zwingend von Anfang an nichtiges Recht sei, nachdem es einmal gegolten hat, nur weil es mit dem Mangel der Verfassungswidrigkeit behaftet gewesen ist.

Dank seiner Anfechtbarkeit kann ein verfassungswidriger Erlass aufgehoben (für nichtig erklärt) werden. Eine "Rechtsnorm", die schon nichtig ist, bevor sie aufgehoben wird, ist gar keine Rechtsnorm. Sie ist nicht auf eine rechtliche, sondern auf eine faktische Existenz zurückzuführen. Rechtliche und faktische Existenz einer Norm werden oft verwechselt. Auf Anfechtung hin⁴ kann eine zweifelhafte Norm in einem bestimmten qualifizierten Verfahren förmlich aufgehoben und somit ihre rechtliche Wirkungslosigkeit rückwirkend oder für die Zukunft erzielt werden.

II. Nichtigkeit und Anfechtbarkeit verfassungswidriger Erlasse in der Schweiz

A. Allgemeines

In der schweizerischen Lehre und Rechtsprechung gibt es eine verwirrende Zahl von Begriffen, die die Nichtigkeit oder Gültigkeit von Rechtsakten bezeichnen wollen. Ihre Verwendung ist nicht nur verwirrend, sie ist teilweise sogar falsch.

Die Terminologie der Bundesbehörden und des Bundesgerichts⁵ in den Anfängen der Rechtsprechung war uneinheitlich. Die Vorstellung von der Nichtigkeit einer Norm schien unklar. Es fällt auf, dass in der Judikatur – vor allem in den Anfängen der Rechtsprechung – oft der Begriff der Nichtigkeit ("nul" oder "de nul effet") verwendet wurde, obwohl der betreffende Erlass theoretisch in Kraft blieb und nur der auf ihm beruhende Hoheitsakt aufgehoben wurde.

Nichtigkeit und Ungültigkeit wurden überhaupt als Synonyme gebraucht⁶. In der Spruchpraxis des 19. und des frühen 20. Jahrhunderts schien die Ansicht vorherrschend gewesen zu sein, dass alle verfassungswidrigen Erlasse absolut nichtig waren. Verfassungswidrigkeit bedeutete geradezu Nichtigkeit. Bestimmte Akte

4 Die Anfechtbarkeit umfasst sowohl die Parteianfechtbarkeit, Widerruflichkeit sowie die Möglichkeit zur Aufhebung kraft oberbehördlichen Aufsichtsrechts; siehe Imboden (Staatsakt) 27 und dortige Weiterverweise.

5 Unter der Geltung der BV von 1848 prüfte der Bundesrat Beschwerden der Bürger wegen Verletzung der Kantons- und der Bundesverfassung; seine Entscheide konnten an die Bundesversammlung weitergezogen werden (vgl. Art. 74 Ziff. 15 und Art. 90 Ziff. 2). Das Bundesgericht prüft erst seit 1874 Beschwerden der Bürger wegen Verletzung verfassungsmässiger Rechte; siehe Kaufmann 339; vgl. auch W. Haller 501.

6 Imboden (Staatsakt) 40.

wurden ausdrücklich als nichtig bezeichnet, andere wiederum wurden einfach wegen Verfassungswidrigkeit aufgehoben⁷.

Die neuere bundesgerichtliche Judikatur spricht nur noch von Aufhebung („annulation“), wenn sie anlässlich der abstrakten Normenkontrolle einen generellen Erlass für verfassungswidrig hält⁸.

Der Grundsatz „Bundesrecht bricht kantonales Recht“ hat die Wirkung bundesgerichtlicher Urteile bei verfassungswidrigem kantonalem Recht in hohem Masse mitbestimmt. Die Natur verfassungswidrigen Rechts und damit die Beurteilung des Zeitpunktes des Eintritts der Nichtigkeit der Norm hat nach der schweizerischen Lehre einen Einfluss auf die Art des bundesgerichtlichen Urteils: Das Urteil kann konstitutive (bei erst eintretender Nichtigkeit) oder deklarative (bei ursprünglicher Nichtigkeit) Bedeutung haben.

B. Die schweizerische Lehre von der Ipso-iure-Nichtigkeit generell-abstrakter Erlasse (insbesondere bundesrechtswidriger kantonalen Erlasse)

Es ist oft versucht worden, aus dem Grundsatz allgemeiner vorfrageweiser richterlicher Verfassungsprüfung in der Schweiz⁹ eine Theorie absoluter Nichtigkeit verfassungswidriger Erlasse abzuleiten.

7 Die folgenden Beispiele zeugen von der reichen Vielfalt der Begriffe in der Praxis der Rechtsprechung der Bundesbehörden, welchen damals noch die Verfassungsgerichtsbarkeit anstelle des Bundesgerichts oblag (entnommen L.R. von Salis, Schweizerisches Bundesrecht; Staatsrechtliche und verwaltungsrechtliche Praxis des Bundesrates und der Bundesversammlung seit dem 29. Mai 1874, 2. bis Ende 1902 fortgeführte Aufl., Bern 1903/1904, 5 Bde.):

- „Den 16. Juli 1878 hob der BR, die Beschwerde der römisch-katholischen Priester ... für begründet erklärend, das Dekret des Staatsrates von Genf vom 28. Dez. 1877 als verfassungswidrig auf“ (Salis, Bd. III, Nr. 1024).
- „Die Vorschrift eines kant. Ges., wonach ..., ist unter der Herrschaft der BV von 1874 nicht mehr anwendbar, indem solche Vorschriften die Freiheit der Niederlassung zu sehr erschweren. BR den 21. Jan. 1876, B 1876 I 246“ (Salis, Bd. II, Nr. 546).
- „Der § 5 kann vor dem BRechte nicht bestehen; denn ... Die Reg. wird daher eingeladen, diesen Paragraphen nicht mehr in Anwendung zu bringen“ (Salis, Bd. II, Nr. 559).
- Wenn ein angefochtenes Urteil eines kantonalen Gerichts mit der BV in Widerspruch steht, erklärt der Bundesrat „denjenigen Teil des kant. Urteils, in welchem dieser Widerspruch enthalten ist, als null und nichtig ..., ohne dass er das Urteil selbst zu reformieren hätte“ (Salis, Bd. II, Nr. 326).
- Auch in der frühen bundesgerichtlichen Praxis war die Nichtigkeit sehr oft Sanktion der Verfassungswidrigkeit eines Erlasses. In BGE 2, 380 erklärte das Bundesgericht auf Beschwerde hin eine Bestimmung einer Verordnung des Waadtländer Grossen Rates für nichtig („La disposition ... est déclarée nulle et de nul effet“). Vgl. auch BGE 2, 415; 3, 107, 197, 292, 543.

8 Z.B. BGE 99 Ia 154; 98 Ia 281, 491; 97 I 676; 96 I 210, 364.

9 Das akzessorische richterliche Prüfungsrecht ist der schweizerischen Rechtsordnung eigen; es ist in viel grösserem Ausmass verwirklicht als in Deutschland oder Österreich. In den beiden letztgenannten Ländern gibt es zahlreiche Einschränkungen des allgemeinen richterlichen Prüfungsrechts durch die teilweise bestehende Zentralisation der Normenkontrolle beim Verfassungsgericht (Verwerfungsmonopol).

Das akzessorische richterliche Prüfungsrecht (allgemeine vorfrageweise richterliche Verfassungsprüfung) steht jedem kantonalen und eidgenössischen Gericht zu. Das Prüfungsrecht ist nicht nur ein Recht, sondern auch eine Pflicht. Diese Pflicht ergibt sich aus dem Grundsatz, dass der Richter nur "geltendes", d.h. verfassungsmässiges Recht anwenden darf¹⁰. Der Richter überprüft Rechtssätze, die er seiner Entscheidung zugrunde legt, auf ihre materielle und foremelle Übereinstimmung mit der Verfassung¹¹.

Der Schluss liegt nahe, dass verfassungswidriges Recht wegen des akzessorischen richterlichen Prüfungsrechts absolut nichtiges Recht ist, d.h., dass es überhaupt keine Wirkungen entfaltet, da es ja im Anwendungsfall vom Richter gar nicht beachtet werden darf und muss. Damit gäbe es eine *Ipso-iure*-Nichtigkeit verfassungswidriger Erlasse, eine Nichtigkeit ohne formelle gerichtliche Verfassungswidrigkeitserklärung, insbesondere auch ohne autoritative Feststellung der Verfassungswidrigkeit durch das Bundesgericht.

Die Vorstellung der absoluten Nichtigkeit verfassungswidriger Erlasse lässt sich jedoch nur unter zwei Voraussetzungen verwirklichen: dass jedes Gericht die Verfassungswidrigkeit eines Erlasses sogleich erkennt (d.h., dass es "richtig" entscheidet) und dass es keine selbständige Verfassungsgerichtsbarkeit durch ein oberstes Gericht gibt¹². Sobald auch ein Verfassungsgericht für die Normenkontrolle zuständig ist, gerät das Konzept der absoluten Nichtigkeit verfassungswidriger Erlasse ins Wanken¹³.

Indem die schweizerische Rechtsordnung eine Anfechtungsmöglichkeit verfassungswidriger Erlasse beim Bundesgericht vorsieht, sagt sie gleichzeitig, dass verfassungswidriges Recht nicht schon von Anfang an nichtiges Recht sei. Die These von der absoluten Nichtigkeit verfassungswidriger Normen ist daher auch in der Schweiz durch die Tatsache, dass verfassungswidrige Normen direkt oder indirekt beim Bundesgericht angefochten werden können¹⁴, widerlegt.

Die potentielle Nichtigkeit eines Rechtssatzes äussert sich in der Anfechtbarkeit der Norm selbst oder sämtlicher auf sie gestützter Hoheitsakte¹⁵. Ausser Betracht fallen hier die absolut nichtigen Staatsakte, die sogenannten "Nicht-Staatsakte" oder Scheinerlasse, die einer Haupteigenschaft einer Rechtsnorm überhaupt ent-

10 So auch Böckenförde 40 f.; Haak 127.

11 Imboden (Verfassungsgerichtsbarkeit) 262; siehe zum akzessorischen richterlichen Prüfungsrecht insbesondere auch Nef (Prüfungsrecht).

12 Voraussetzung ist zudem die Fiktion, dass ein Gesetz nur durch richterliche Anwendung Rechtswirkungen entfaltet (Geltung hat); vgl. hiezu Böckenförde 41.

13 Für Novak (19) ist die Zentralisation der Normenkontrolle mit der Vorstellung absoluter Nichtigkeit verfassungswidriger Erlasse unvereinbar. Für die Schweiz ist in dieser Hinsicht bemerkenswert, dass der Begriff der Nichtigkeit von Rechtsnormen in der Rechtsprechung viel häufiger auftauchte, als es noch keine Verfassungsgerichtsbarkeit durch das Bundesgericht gab. Die Vorstellung von der absoluten Nichtigkeit verfassungswidriger Erlasse war die Regel (siehe Anm. 7 hievor).

14 Wenn auch nicht alle verfassungswidrigen Normen, sondern nur die in verfassungsmässige Rechte des einzelnen eingreifenden Normen.

15 Vgl. W. Burckhardt (zit. in Anm. 14 § 6) 59.

behren¹⁶; von diesen gehen gar keine Rechtswirkungen aus. Bei solchen "Staatsakten" ist aber auch die staatsrechtliche Beschwerde nicht gegeben, weil gar kein Hoheitsakt im Sinne von Art. 84 Abs. 1 OG vorliegt¹⁷.

Es gibt Erlasse, bei denen schwierig zu erkennen ist, ob sie alle Grundanforderungen ihrer Erzeugung erfüllen. Im Zweifel gilt das Fehlen eines wesentlichen juristischen Elementes als Anfechtungsgrund und nicht als Nichtigkeitsgrund. Dem Interesse der Rechtssicherheit dient nur die Anfechtbarkeit, nicht die absolute Nichtigkeit einer Norm¹⁸.

Eine weitere Aussage über Natur und Geltungskraft verfassungswidriger Erlasse im schweizerischen Recht enthält neben Art. 113 Abs. 1 Ziff. 3 BV (d.h. der generellen Anfechtungsmöglichkeit verfassungswidriger Hoheitsakte) indirekt auch Art. 113 Abs. 3 BV, wonach das Bundesgericht Bundesgesetze und allgemeinverbindliche Bundesbeschlüsse nicht überprüfen darf. Diese Regelung besagt nämlich gleichzeitig, dass verfassungswidrige Bundesgesetze und allgemeinverbindliche Bundesbeschlüsse nicht nichtig sein können¹⁹.

Art. 113 Abs. 3 BV entstammt – wie dies Giacometti ausgedrückt hat²⁰ – der Vorstellung, "dass der Gesetzgeber als Vertreter des Volkes das höchste Staatsorgan ist und damit die Garantie der Verfassung in sich selbst trage"²¹. Die Verfassung enthält damit für den Bundesgesetzgeber lediglich sanktionslose Rechtspflichten²². Bei der Geltung verfassungswidriger Bundesgesetze geht somit Form vor Inhalt²³.

Für die auf ihre Verfassungsmässigkeit überprüfbaren verfassungswidrigen Erlasse stellt sich die Frage nach dem Zeitpunkt ihrer Nichtigkeit²⁴ und damit nach der Natur des bundesgerichtlichen Urteils, d.h. nach der konstitutiven oder deklaratorischen Wirkung des Entscheides. Ist die vernichtbare Norm, wenn ihre Verfassungswidrigkeit festgestellt worden ist, vom Zeitpunkt des Urteils an nichtig, oder kann man sagen, dass sie schon von Anfang an nichtig war, obwohl ihre Nichtigkeit erst später festgestellt worden ist?

16 Ihre Bedeutung ist auch relativ klein, da solche Verfassungsverstösse durch das Gesetzgebungsverfahren fast ausgeschaltet sind; vgl. Böckenförde 42.

17 Vgl. auch Burckhardt (zit. in Anm. 14 § 6) 55.

18 Giacometti 244.

19 Giacometti, Die Verfassungsmässigkeit der Bundesgesetzgebung und ihre Garantien, SJZ 30, 289. Ausgenommen sind die bereits ursprünglich nichtigen, nicht gehörig publizierten Gesetze (so ausdrücklich in Art. 9 des Bundesgesetzes über die Rechtskraft der bereinigten Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen für die Jahre 1848-1947 und über die neue Reihe der Sammlung vom 12. März 1948 (AS 1949, 1523; SR 170.513.1); vgl. Imboden (Verfassungsgerichtsbarkeit) 265.

20 Sonntagsblatt der Basler Nachrichten vom 15. November 1942 (Nr. 46), S. 187 f.; vgl. auch Böckenförde 33.

21 Siehe auch C. Du Pasquier, Quelques réflexions sur la notion de droit à propos d'un récent arrêté fédéral, ZSR NF 52 (1933), 389 ff. (396).

22 Du Pasquier (zit. in Anm. 21 hievor) 402.

23 Du Pasquier (zit. in Anm. 21 hievor) 401 f.

24 Welche Frage nicht zu verwechseln ist mit der Frage nach dem Zeitpunkt der Wirkung des Urteils.

Die herrschende Lehre²⁵ unterscheidet zwei Arten bundesgerichtlicher Urteile: solche mit konstitutiver Wirkung für Erlasse, die erst durch das Urteil nichtig werden, und solche mit deklaratorischer Wirkung für Erlasse, die schon von Anfang an nichtig sind. A priori nichtig sind einmal "Nicht-Staatsakte"; ihnen gleichgesetzt sind jedoch auch kantonale Hoheitsakte, die dem kompetenzmässigen Bundesrecht widersprechen. Nach Giacometti²⁶ erscheint daher die Verfassungsgerichtsbarkeit in solchen Fällen "gewissermassen als ergänzende Verfassungsgarantie zur Verfassungsgarantie der derogatorischen Kraft des Bundesrechts". Erst durch Urteil nichtig sind nach der herrschenden Meinung alle anderen vom Bundesgericht wegen Verfassungswidrigkeit kassierten Akte²⁷.

Durch eine solche Unterscheidung erfährt der Grundsatz "Bundesrecht bricht kantonales Recht" eine unzulässige Verquickung mit dem Institut der Verfassungsgerichtsbarkeit. Eine subsidiäre Zuordnung der Verfassungsgerichtsbarkeit zum föderalistischen Prinzip erscheint nicht gerechtfertigt.

Zum Wesen des Bundesstaates gehört die Aufsicht der Zentralgewalt über die Gliedstaaten. Der Bund ist den Gliedstaaten übergeordnet²⁸. Die Kantone dürfen kein Recht setzen, das dem Recht des Bundes widerspricht²⁹.

Der Grundsatz "Bundesrecht bricht kantonales Recht" ist nach Imboden mit Vorsicht anzuwenden³⁰. Er passt nicht mehr auf unsere staatsrechtlichen Verhältnisse, denn ursprünglich sollte er eine Normkonkurrenz und keine Kompetenzkonkurrenz lösen. Heute ist die Formel "Bundesrecht bricht kantonales Recht" eine Auflösungsformel für Kompetenzkonflikte³¹. Einen Normkonflikt entscheidet die Formel nur noch in jenem Fall, da kompetenzwidrige allgemeinverbindliche Bundesbeschlüsse mit kantonalen Erlassen kollidieren. Dieser Konflikt kann jedoch bereits aufgrund von Art. 113 Abs. 3 BV gelöst werden.

Selbst für die Auflösung von Kompetenzkonflikten stimmt der Grundsatz "Bundesrecht bricht kantonales Recht" nicht immer: Kompetenzwidrige Bundeserlasse, die weder Bundesgesetz noch allgemeinverbindlicher Bundesbeschluss (noch von der Bundesversammlung genehmigte Staatsverträge) sind, gehen kompetenzmässigen kantonalen Erlassen nicht vor. Kompetenzkonkurrenzen lösen sich nach Art. 3 in Verbindung mit Art. 113 Abs. 3 BV auf.

Abgesehen davon, dass der Grundsatz "Bundesrecht bricht kantonales Recht" sogar teilweise falsch ist, kommt ihm somit keine selbständige rechtliche Bedeutung

25 Marti 166; Nef (Sinn und Schutz) 268a f.; Pierandrei 129 ff.; Giacometti 241 ff.

26 Giacometti 241 ff.

27 Siehe Anm. 25 hievor.

28 Aubert No. 589.

29 Art. 2 der Übergangsbestimmungen zur BV, Art. 6 Abs. 2 lit. a BV, Art. 3 BV.

30 H. Imboden, Die staatsrechtliche Bedeutung des Grundsatzes "Bundesrecht bricht kantonales Recht", in: Staat und Recht, Ausgewählte Schriften und Vorträge, Basel/Stuttgart 1971, S. 127 ff. (132).

31 Wie in Anm. 30 hievor.

zu³². Er löst nur Kompetenzkonflikte, weil bundesrechtswidriges (verfassungswidriges) kantonales Recht immer zugleich auch kompetenzwidriges Recht ist³³.

Da aber die Setzung verfassungswidrigen Rechts in gewissem Sinne stets kompetenzwidrig ist, gibt der Grundsatz "Bundesrecht bricht kantonales Recht" für eine Unterscheidung in ex tunc und ex nunc verfassungswidrige Erlasse nichts her. Es ist vielmehr aus der Sicht des Verfassungsrichters davon auszugehen, dass eine verfassungswidrige Norm wirksam ist (und auch angewendet wird), bevor sie für verfassungswidrig erklärt wird (abgesehen von denjenigen Erlassen, die vor ihrem Inkrafttreten, aber nach deren Publikation angefochten werden). Dem bundesgerichtlichen Urteil, das eine Norm aufhebt, müsste daher immer konstitutive Wirkung zukommen. Nachdem in der Schweiz weder die Bundesverfassung noch das OG etwas über die zeitliche Wirkung der Entscheidung sagt, müssten alle verfassungsgerichtlichen Entscheidungen bei der Normenkontrolle Wirkung ex nunc haben³⁴.

III. Nichtigkeit und Anfechtbarkeit verfassungswidriger Erlasse in der Bundesrepublik Deutschland

Bis vor wenigen Jahren war in Deutschland die Theorie der anfänglichen, ipso iure eintretenden Nichtigkeit verfassungswidriger Erlasse vorherrschend. Das Bundesverfassungsgericht bemerkte in einem seiner frühesten Entscheide: "Aus der Feststellung der Nichtigkeit des Gesetzes ergibt sich, dass es wegen Widerspruchs mit dem Grundgesetz von Anfang an rechtsunwirksam war"³⁵. Verfechter der Theorie der absoluten Nichtigkeit verfassungswidriger Erlasse sind insbesondere Friesenhahn, Maunz, Geiger, Lechner, Leibholz/Rupperecht, Arndt, Forsthoff und Spanner³⁶. Die Begründung dieser Theorie liegt in der Rangordnung der Rechtsquelle, der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung, dem Grundsatz "lex superior derogat legi inferiori"³⁷. Verfassungswidrigkeit bedeutet demnach nach dieser Lehre aus

32 Vgl. auch Aubert No. 663.

33 Imboden (zit. in Anm. 30 hievor) 132 f.

34 Nur wenn die ursprüngliche Nichtigkeit verfassungswidriger Erlasse bejaht wird, ist es möglich, das Urteil mit "Rückwirkung" auszustatten, ohne dass diese Urteilstwirkung im Entscheid ausdrücklich ausgesprochen wird.

35 BVerfGE 1, 37.

36 Friesenhahn (Verfassungsgerichtsbarkeit) 58 f.; etwas abgeschwächt bezeichnet derselbe Autor (Inhalt 689) diese Nichtigkeit als "eine etwas merkwürdige Nichtigkeit" insofern, als ihr wegen Art. 100 GG eine gewisse konstitutive Wirkung zukomme; Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, N 26 zu Art. 100 GG; Geiger 249; Lechner, N 2 zu § 78; Leibholz/Rupperecht, N 5 zu § 78; A. Arndt, Hat die Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes die Nichtigkeit der darauf gestützten Verwaltungsakte zur Folge?, NJW 1959, 863 ff. (864); ders., Welche Folgen hat die Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes für einen darauf gestützten Verwaltungsakt?, Angebliche Rückwirkung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen, NJW 1959, 2145 ff. (2147); Forsthoff, DÖV 1959, 42; Spanner (Bundesverfassungsgericht) 108.

37 Sie schliesst sich damit der Lehre der formalen Fehlertheorie an.

logischer Evidenz schlechthin Nichtigkeit³⁸. Nach der Theorie von der absoluten Nichtigkeit verfassungswidriger Erlasse braucht das Bundesverfassungsgericht die verfassungswidrige Norm gar nicht aufzuheben; es kann sie gar nicht aufheben, weil eine nichtige Norm inexistent ist; es genügt, die anfängliche Nichtigkeit und damit die absolute Unwirksamkeit festzustellen³⁹. Aufgrund der Entscheidung wird die ipso iure bestehende Nichtigkeit rechtserheblich⁴⁰. Die Entscheidung hat deshalb nur deklaratorische Wirkung; sie hat nur den Sinn der Feststellung der Nichtigkeit, welche schon aufgrund der derogatorischen Wirkung der Rangordnung der Rechtsnormen besteht⁴¹. Am konsequentesten ist in dieser Beziehung Arndt⁴²: "Sie (die Urteile) sind deklaratorisch und bedeuten die Feststellung, dass ein mit dem GG unvereinbares Gesetz niemals gelten konnte und von Anfang an nicht gegolten hat. Dieser Anspruch entfaltet keine 'Rückwirkung', der für die Vergangenheit die Rechtslage verändert, sondern stellt nur auch für die Vergangenheit fest, was in ihr bereits stets Rechtens war."

Durch die Theorie der Ipso-iure-Nichtigkeit wäre die Verfassungsgarantie theoretisch vollkommen; verfassungswidrige Gesetze würden überhaupt nie gelten und dem Bundesverfassungsgericht bliebe nur noch übrig, die Nichtigkeit verbindlich festzustellen⁴³.

Es lässt sich jedoch – wie oben dargelegt – nicht leugnen, dass auch verfassungswidrige Gesetze gelten, dass sie rechtswirksam sind und bis zum verfassungsgerichtlichen Urteil oder sogar noch darüber hinaus Rechtswirkungen entfalten. In Lehre und Rechtsprechung ist denn auch ein Wandel von der Theorie der anfänglichen Nichtigkeit zur Theorie der rückwirkenden Vernichtbarkeit verfassungswidriger Gesetze erkennbar. Die Theorie der rückwirkenden Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze entnimmt nach Böckenförde der Entstehungsgeschichte des Grundgesetzes, dass die Verfassung die Folgen der Normenkontrollentscheidungen nicht erkannt und daher auch nicht gelöst hat⁴⁴. Durch eine systematische Interpretation der Bestimmungen des Grundgesetzes kommt Böckenförde jedoch zum Schluss, dass die Theorie der Ipso-iure-Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze wegen des im Grundgesetz festgelegten Verwerfungsmonopols des Bundesverfassungsgerichts (Art. 100 GG) mit der Verfassung unvereinbar ist⁴⁵. Hoffmann⁴⁶ leitet aus Art. 100 GG ab, dass die unteren Gerichte von der Anwendung ursprünglich verfassungswidriger Gesetze befreit würden und es sich daher bei den dem Bundesverfassungsgericht vorgelegten Gesetzen nur um solche handeln könne, die nicht nichtig,

38 Böckenförde 16, 27.

39 Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, N 26 zu Art. 100.

40 Leibholz/Rupperecht, N 1 zu § 78.

41 Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, N 26 zu Art. 100.

42 Welche Folgen hat die Verfassungswidrigkeit ... (zit. in Anm. 36 hievor) 2147.

43 Böckenförde 35.

44 Böckenförde 50.

45 Böckenförde 62; in diesem Sinn auch Novak 19.

46 Hoffmann 197.

sondern nur vernichtbar seien⁴⁷. Mit Böckenförde kann schliesslich gesagt werden, dass die Theorie der absoluten Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze eine Fiktion ist, da es keine Rechtssätze gibt, die sich von selbst anwenden. "Es geht nicht darum, durch Rechtssätze den normativen Bereich zu ordnen, sondern die Wirklichkeit"⁴⁸.

Verfassungswidrige Gesetze sind daher auch nach neuerer deutscher Lehre rückwirkend vernichtbar. Die gerichtliche Feststellung der Verfassungswidrigkeit wirkt in der Regel *ex tunc*, d.h., die Gesetze werden rückwirkend auf den Zeitpunkt ihres Inkrafttretens für nichtig erklärt. Dass es sich um ein rückwirkendes Urteil mit konstitutiver Wirkung handeln muss, ist übrigens auch daraus ersichtlich, dass es neben der Nichtigklärung auch noch die blossе Unvereinbarerklärung gibt⁴⁹.

IV. Nichtigkeit und Anfechtbarkeit verfassungswidriger Erlasse in Österreich

Nach Adamovich ist das verfassungswidrige Gesetz bis zum Wirksamwerden der verfassungsgerichtlichen Aufhebung ein verfassungswidriger, aber rechtlich verbindlicher Akt, "da ein nichtiger Akt einer Aufhebung überhaupt nicht fähig ist"⁵⁰.

Für den Verfassungsgerichtshof⁵¹ ist ein Gesetz, das dem Bundesverfassungsgesetz widerspricht, nicht ungültig, absolut nichtig, "sondern zufolge Art. 140 B-VG ein zwar verfassungswidriger, gleichwohl aber bis zur allfälligen Aufhebung durch den Verfassungsgerichtshof rechtlich verbindlicher Akt"⁵². Die Meinung, dass mit der Wirksamkeit der Aufhebung das Gesetz aus dem Rechtsbereich so ausscheidet, als ob es niemals bestanden hätte, ist nach österreichischer Lehre und Rechtsprechung unrichtig⁵³. Die Aufhebung eines Gesetzes wegen Verfassungswidrigkeit bedeutet nicht die Feststellung einer absoluten Nichtigkeit. Denn sonst wäre nach Auffassung des Verfassungsgerichtshofes⁵⁴ die Verfassungsbestimmung, mit der ihm Vollmacht erteilt wird, für das Ausserkrafttreten der Aufhebung eine Frist zu bestimmen (Art. 140 Abs. 5 B-VG), ohne jeden Sinn. Dann hätte die Fristbestimmung dem Gesetz nur eine Scheingeltung verliehen und die auf ihm beruhenden Vollzugsakte wären "gesetzlos" ergangen. Mit dieser Auffassung wäre auch Art. 140 Abs. 6 B-VG unvereinbar, wonach mit dem Tag des Inkrafttretens der Aufhebung,

47 Demgegenüber meint Arndt (zit. in Anm. 36 hievor), es handle sich bei Art. 100 GG "um einen vom GG selber durch die Art. 1 und 20 zugunsten des Vorrangs seiner eigenen Gesetzgebung entschiedenen Fall der Normenkollision" (2147).

48 Böckenförde 22 und 25 f.

49 Vgl. dazu hinten S. 106 ff.

50 Adamovich 457.

51 Erk.Slg. 1491/1932.

52 Vgl. auch Novak 15 sowie den in der nachfolgenden Anm. 54 aufgeführten Entscheid.

53 Erk.Slg. 5405/1966.

54 Erk.Slg. 5405/1966, insbesondere S. 708.

falls im Erkenntnis nichts anderes ausgesprochen wird, die gesetzlichen Bestimmungen wieder wirksam werden, die durch das vom Verfassungsgerichtshof als verfassungswidrig erkannte Gesetz aufgehoben worden waren. Nach dieser Verfassungsbestimmung hat das wegen Verfassungswidrigkeit aufgehobene Gesetz die Fähigkeit, ihm inhaltlich widersprechenden Gesetzen zu derogieren. Der Verfassungsgerichtshof kann ausserdem nach Abs. 6 von Art. 140 B-VG diese Derogationswirkung zu einer dauernden machen, indem er ausspricht, dass frühere gesetzliche Bestimmungen nicht wieder aufleben.

Die österreichische Lehre ist von Kelsen und der Wiener Schule beeinflusst. Die formale Fehlertheorie herrscht vor⁵⁵. Die Meinung geht dahin, dass die absolute Nichtigkeit verfassungswidriger Erlasse nur durch die positive Rechtsordnung eingeschränkt werde. Nach Kelsen mangelt dem nichtigen Akt jeder Rechtscharakter von vornherein, so dass es keines anderen Aktes mehr bedarf, um die Nichtigkeit zu bestätigen. Ist ein zweiter solcher Rechtsakt nötig, so ist der Akt nur vernichtbar. Wenn die positive Rechtsordnung "diese Befugnis unter bestimmten Bedingungen nur ganz bestimmten Instanzen vorbehält und nicht jedermann unter allen Umständen überlässt, kann ein Akt, dem irgendein rechtlicher Mangel anhaftet, nicht schon a priori als nichtig, sondern nur als vernichtbar gelten"⁵⁶. Solche positivrechtliche Einschränkungen der absoluten Nichtigkeitsfolge fehlerhafter Staatsakte, sog. "Fehlerkalkül", sehen die österreichische Lehre und Rechtsprechung — wie oben dargelegt — in den Art. 139 und 140 B-VG. Mit Novak ist dieser Ansicht jedoch entgegenzuhalten, dass die Art. 139 und 140 B-VG die Gültigkeit der geprüften Norm bereits voraussetzen und nicht erst begründen⁵⁷. Daher kann aus den Art. 139 und 140 B-VG kein Kriterium für die Rechtserheblichkeit eines verfassungswidrigen Erlasses gefunden werden. Die Abgrenzung des Scheinerlasses vom verbindlichen, gültigen, aber verfassungswidrigen Erlass ist wiederum erst durch die materiale Fehlertheorie möglich⁵⁸.

Abschliessend kann festgehalten werden, dass sich sowohl materiale wie formale Fehlertheorie darüber einig sind, dass verfassungswidrige Erlasse in der österreichischen Rechtsordnung bis zum Wirksamwerden der Aufhebung gültig, d.h. rechtsverbindlich sind. Damit kommt der Aufhebung eines Gesetzes durch den Verfassungsgerichtshof im Punkte der Geltung der als verfassungswidrig aufgehobenen Gesetzesvorschrift nach österreichischer Meinung sogar keine andere Wirkung zu wie der Aufhebung eines Gesetzes durch den Gesetzgeber⁵⁹.

55 Novak 10; Ermacora (Verfassungsgerichtshof) 164, 239; Spanner (Bundesverfassungsgericht) 49 f.

56 Kelsen 45.

57 Novak 22; die Vorschriften über die Normenkontrolle haben nach Novak (21) den Verordnungs- und Gesetzesbegriff als Tatbestandsmerkmal.

58 Vgl. hiezu Novak 1, 13.

59 Erk.Slg. 6408/1971.

§ 11 Rechtsfolgen normverwerfender Entscheidungen (zeitliche Wirkung – Entstehung rechtsleeren Raumes – Hinweise an den Gesetzgeber)

Einleitung

Die Frage nach der Natur verfassungswidrigen Rechts und der deklaratorischen oder konstitutiven Wirkung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen deckt sich nicht mit der Frage nach deren zeitlicher Wirkung. Sie spielt jedoch für die zeitliche Wirkung normverwerfender Entscheidungen insofern eine Rolle, als bei fehlender Regelung für die Entscheidungswirkung auf die Natur verfassungswidrigen Rechts abzustellen wäre. Entscheidungen über ipso iure nichtige verfassungswidrige Erlasse würden ex tunc, solche über lediglich vernichtbare Erlasse ex nunc wirken. Bei deklaratorischen Entscheidungen über ursprünglich nichtige Normen könnte man dabei strenggenommen nicht von Rückwirkung sprechen; solche Entscheidungen müssen logischerweise zurückwirken, während die Rechtsordnung frei ist, konstitutive Entscheidungen mit Wirkung ex tunc, ex nunc oder pro futuro auszustatten.

Die erst ab Erlass wirkenden Entscheidungen liegen der Rechtswirklichkeit am nächsten, denn auch verfassungswidrige Normen beanspruchen in der Regel bis zum Zeitpunkt, wo ihre Verfassungswidrigkeit erkannt wird, Geltung. Die extrem theoretische Regelung der Ipso-iure-Nichtigkeit kann gar nicht konsequent durchgeführt werden. Sie würde die Rechtssicherheit in hohem Masse gefährden¹.

Vor allem werfen die aufgrund einer ex tunc verfassungswidrigen Norm ergangenen Hoheitsakte weitere Probleme auf, die einer eigenen rechtlichen Regelung, insbesondere einer Umgehung der Nichtigkeitsfolgen bedürfen². Aber auch ex nunc oder pro futuro wirkende Entscheidungen sind nicht problemlos; solche Entscheidungen können insbesondere dem Erfordernis der Gerechtigkeit im Einzelfall nie ganz genügen und schwächen die Geltungskraft der Verfassung. Die rückwirkende Vernichtung verfassungswidrigen Rechts lässt sich daher aus dem Sinn der Verfassung selbst begründen. Nur der Verfassung entsprechendes Recht, insbesondere kein den Grundrechten widersprechendes Recht, soll gelten. Besonders angezeigt erscheint es, die Nichtigterklärung oder Aufhebung der Norm wenigstens auf den Anlassfall zurückzubeziehen. Auch damit wird aber deutlich, dass es sich bei der rückwirkenden Aufhebung einer verfassungswidrigen Norm nur um eine rechtliche Konstruktion handeln kann.

Rückwirkende normverwerfende Entscheidungen stellen den umgekehrten Fall eines rückwirkenden Erlasses von Rechtsnormen dar. Durch ihre Rückwirkung erfassen Rechtsnormen Tatbestände, die sich vor deren Erlass verwirklicht haben. Die Norm selbst kann logischerweise nur für die Zukunft gelten. Die Rückwirkung

1 H. Spinner, Gutachten zum Thema, Rechtliche und politische Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Verhandlungen des Ersten Österreichischen Juristentags 1961, 1. Bd., 2. Teil, S. 7 ff. (34 ff.).

2 Wie z.B. die Regelung in § 79 BVerfGG.

beruht auf der Fiktion, dass eine Norm bereits vor ihrem Inkrafttreten gelegene, abgeschlossene Tatbestände erfasst hat³. Bei rückwirkenden Normenkontrollentscheidungen wird eine Norm rückwirkend aufgehoben, d.h., es werden Tatbestände, die sich unter der Geltung einer verfassungswidrigen Norm verwirklicht haben, so behandelt, als hätte die verfassungswidrige Norm damals nicht in Kraft gestanden.

Der Grundsatz der Nichtrückwirkung ist ein rechtsstaatliches Gebot. Die Rückwirkung ist nur zulässig, wenn sie mit gewissen aus der Verfassung abgeleiteten Grundsätzen vereinbar ist. Voraussetzungen sind etwa, dass die Rückwirkung ausdrücklich angeordnet oder nach dem Sinn des Erlasses klar gewollt ist, dass sie nicht zu stossenden Ungleichheiten führen und nicht in wohlerworbene Rechte eingreifen darf und sich durch beachtenswerte Gründe rechtfertigen lassen muss⁴. Gleiches muss auch für die verfassungsgerichtlichen Entscheidungen gelten, welche die rückwirkende Aufhebung eines Erlasses zur Folge haben.

I. Nichtigerklärung verfassungswidriger Normen in der Bundesrepublik Deutschland. Problematik und Auswege

A. Nichtigerklärung als Regel

Ein vom Bundesverfassungsgericht für verfassungswidrig befundener Rechtssatz ist – abgesehen von den Fällen der nachträglichen Unvereinbarkeit mit höherrangigem Recht – mit Wirkung ex tunc nichtig⁵. Die Nichtigerklärung einer Norm ist die Regel. Die Entscheidung bereinigt die Rechtslage rückwirkend. Durch den Wegfall der Norm entsteht eine Rechtslücke. Diese Folge wird von § 79 BVerfGG rechtlich zu bewältigen und einzudämmen versucht, zumindest, was die Vergangenheit anbetrifft. Nach § 79 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG bleiben die nicht mehr anfechtbaren Entscheidungen, die auf einer für nichtig erklärten Norm beruhen, unberührt. Für die Gewährung des Vollstreckungsschutzes wird ihre Wirkung jedoch abgeschwächt (§ 79 Abs. 2 Satz 2 BVerfGG). Falls aber ein Strafurteil auf einer für nichtig erklärten Norm ergangen ist, kann das Verfahren nach § 79 Abs. 1 BVerfGG wieder aufgenommen werden.

Dieser auf den ersten Blick klaren Regelung in § 79 BVerfGG liegt der Gedanke zugrunde, dass ein als mangelhaft erkannter Hoheitsakt (der kein strafrechtlicher Hoheitsakt ist) für die Vergangenheit aufrechterhalten, für die Zukunft jedoch nicht

3 So Forstthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. 1, Allg. Teil, 10. Aufl., München 1966, S. 152 f.

4 BGE 100 Ia 155; 92 I 226 (233) mit Weiterverweisen; Imboden/Rhinow, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, 2 Bde., 5. Aufl., Basel/Stuttgart 1976, Nr. 16 (S. 104 f.).

5 Zur Wirkung der Entscheidungen siehe vorn S. 15 ff. und 99 ff.

mehr vollstreckt werden soll. § 79 BVerfGG hat aber nicht nur Probleme gelöst, sondern auch neue Probleme aufgeworfen.

Für das Bundesverfassungsgericht ist § 79 BVerfGG eine mögliche, nicht aber eine verfassungsrechtlich gebotene Lösung der Rechtsfolgen der Normenkontrolle. Die Folgen sollen vom Gesetzgeber so gleichheitsbezogen als möglich geregelt werden⁶. Das Bundesverfassungsgericht legt § 79 Abs. 2 BVerfGG als Ausnahmebestimmung eng aus. Die Bestimmung in § 79 BVerfGG versucht, den Konflikt zwischen den beiden Prinzipien der Rechtssicherheit und der Gerechtigkeit zu lösen. Um der Rechtssicherheit willen sollen einerseits die unanfechtbaren Hoheitsakte aufrechterhalten werden, um der Einzelfallgerechtigkeit willen besteht andererseits für noch nicht vollzogene Hoheitsakte ein Vollstreckungsverbot. Das Vollstreckungsverbot in § 79 Abs. 2 Satz 2 BVerfGG bedeutet einen Eingriff in die materielle Rechtskraft und Bestandeskraft von Hoheitsakten. Es ist nach überwiegender Meinung nicht von Amtes wegen zu beachten⁷.

Eine gesetzliche Unterscheidung zwischen rechtskräftigen und noch nicht rechtskräftigen Hoheitsakten erscheint durchaus gerechtfertigt. Hingegen fragt es sich, ob eine Unterscheidung von vollzogenen und noch nicht vollzogenen Hoheitsakten vor dem verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz bestehen könne. Eine solche Ungleichbehandlung von Hoheitsakten kann dann stossend wirken, wenn die gleiche Art der Betroffenen eine unterschiedliche Behandlung erfährt, je nachdem, in welchem Stadium sich der Hoheitsakt gerade befindet. Für Steuersäumige beispielsweise bedeutet das Vollstreckungsverbot für Steuerakte, welche aufgrund einer für nichtig oder mit dem GG unvereinbar erklärten Norm beruhen, geradezu eine Belohnung ihres Verzugs⁸.

§ 79 BVerfGG regelt die Rechtslage in gewissem Sinne entgegen den Grundsätzen des Verwaltungsrechts, welches gesetzlosen Verwaltungsakten die Gültigkeit verwehrt. Die Meinung geht dahin, dass sich die materielle Bestandeskraft des Verwaltungsaktes auf die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt seines Erlasses beziehe⁹.

Bei wesentlicher Veränderung der Verhältnisse ist eine Wiederaufnahme des Verfahrens zulässig, wenn sie vom verwaltungsrechtlichen Spezialgesetz ausdrücklich vorgesehen ist; dieses geht dann § 79 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG als *lex specialis* vor¹⁰. Soweit jedoch die veränderten Grundlagen direkt auf der Nichtigterklärung der Norm beruhen, beinhaltet § 79 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG eine absolute Schranke für die Wiederaufnahme des Verfahrens.

Eine unbefriedigende Rechtslage kann auch während der Zeit, da das Prüfungsverfahren beim Bundesverfassungsgericht im Gange ist, entstehen. Eine Aussetzungspflicht beim Erlass von Hoheitsakten für Behörden analog zur Aussetzungspflicht

6 Steiner 635.

7 Steiner 634.

8 Steiner 648 ff.

9 Steiner 635.

10 Steiner 639.

der unteren Gerichte beim konkreten Normenkontrollverfahren nach Art. 100 GG gibt es nicht¹¹.

Je länger eine verfassungswidrige Norm bereits in Kraft gestanden ist, desto mehr Probleme wirft ihre Nichtigkeitserklärung auf. Die Frage, was mit den auf einer verfassungswidrigen Norm beruhenden Hoheitsakten geschehe, ist aber längst nicht das einzige Problem der Nichtigkeitserklärung. Oft auch ist eine Nichtigkeitserklärung materiell unbefriedigend oder sie vermag den Verfassungsverstoß überhaupt nicht zu beseitigen. Das Bundesverfassungsgericht ist daher auf die beiden alternativen Institute der Verfassungswidrigkeitserklärung und der "Appellentscheidung" ausgewichen. Anhand dieser beiden Alternativen sollen im folgenden zugleich die Probleme ersichtlich werden, die sich bei einer Nichtigkeitserklärung der verfassungswidrigen Bestimmung stellen würden.

B. Verfassungswidrigkeitserklärung (Unvereinbarkeitserklärung) als Ausnahme vom Grundsatz der Nichtigkeitserklärung

Das Bundesverfassungsgericht hat in den letzten Jahren vermehrt ein Gesetz nicht mehr für nichtig, sondern nur noch für mit dem Grundgesetz unvereinbar erklärt.

Gesetzlich verankert ist die Verfassungswidrigkeitserklärung erst seit der Reform von 1970¹². Die §§ 31 Abs. 2 und 79 Abs. 1 BVerfGG wurden durch die Wendung "das mit dem Grundgesetz unvereinbar erklärte Gesetz" ergänzt. Systematisch gesehen ist die Verfassungswidrigkeitserklärung jedoch im Gesetz nicht als Alternative zur Nichtigkeitserklärung vorgesehen; sie wird in § 31 Abs. 2 BVerfGG sowie bei den Folgen der Nichtigkeitserklärung in § 79 Abs. 1 BVerfGG erwähnt. Mit der Reform von 1970 war ursprünglich gleichzeitig auch eine Neuordnung der Folgen der Nichtigkeitserklärung einer Norm vorgesehen. Die Bundesregierung wollte in ihrem Entwurf dem § 79 BVerfGG folgenden Absatz vorschreiben¹³:

"Das Bundesverfassungsgericht kann aus schwerwiegenden Gründen des öffentlichen Wohls in seiner Entscheidung bestimmen, dass ein für nichtig erklärtes Gesetz erst zu einem vom Gericht festzusetzenden Zeitpunkt als ausser Kraft getreten gilt. Dieser Zeitpunkt darf nicht nach dem Wirksamwerden der Entscheidung liegen."

Die Begründung für diesen Entwurf lautete dahin, dass die rückwirkende Nichtigkeitserklärung häufig zu unbefriedigenden Ergebnissen führe, denen weder der Gesetzgeber noch das Bundesverfassungsgericht abhelfen könne¹⁴. Die Rückwirkung bringe oft schwere, nicht wiedergutmachende Nachteile für die Gemeinschaft mit sich, die auch nicht durch eine rückwirkende Ersatzregelung des Gesetzgebers

11 Steiner 642.

12 Gesetz vom 12. Dezember 1970 (BGBl I, S. 1765).

13 Vgl. die ausführliche Besprechung der Regierungsentwürfe bei Pestalozza (Geltung).

14 Pestalozza (Geltung) 30 ff.

wettzumachen seien; überdies sei ein rechtsmittelbewusster Bürger gegenüber dem Gesetzesgläubigen bevorzugt.

Der Entwurf der Bundesregierung bot jedoch keine befriedigende Lösung; er wurde vom Parlament ohne Gegenstimme verworfen¹⁵. Das Bundesverfassungsgericht weicht daher nach wie vor durch die Unvereinbarerklärung und die "Appellentscheidung" der Nichtigerklärung aus.

Nicht jede verfassungswidrige Rechtslage kann durch Nichtigerklärung der Norm befriedigend beseitigt werden. Nach Pestalozza¹⁶ muss der Verfassungsverstoss dem Gesetzgeber vorgeworfen werden können. Die Nichtigerklärung setzt daher zweierlei voraus: die Verfassungswidrigkeit der Norm und die Erkennbarkeit und Behebbarkeit der Verfassungswidrigkeit¹⁷. So schien dem Bundesverfassungsgericht etwa bei folgendem einfachem Beispiel eine Nichtigerklärung am Platze: Es erklärte in BVerfGE 48, 376 eine Bestimmung des Tierschutzgesetzes insoweit wegen Verstoßes gegen das GG für nichtig, als diese die Durchführung von Tierversuchen mit operativen Eingriffen nur Personen mit abgeschlossener Hochschulbildung der Biologie und den erforderlichen Fachkenntnissen an "staatlichen" wissenschaftlichen Einrichtungen erlaubte. Das Gericht ging davon aus, dass der Gesetzgeber "bei zutreffender Beurteilung der Rechtslage" Personen mit abgeschlossener Hochschulausbildung an nicht staatlichen wissenschaftlichen Einrichtungen den an den staatlichen Einrichtungen tätigen Personen gleichgestellt hätte. Der verfassungsrechtliche Mangel wurde damit beseitigt, dass das Wort "staatlichen" entfallen sollte.

Wegen der Tragweite seiner Entscheidungen hat das Bundesverfassungsgericht eine grosse Verantwortung. Es wird daher in jedem Fall der Normprüfung die einzelnen Rechtsgüter gegeneinander abwägen. Das Bundesverfassungsgericht sieht insbesondere von einer Nichtigerklärung ab, wenn es die Belange der Allgemeinheit, die Rechtssicherheit und der Rechtsfrieden verlangen. Es begnügt sich mit der Verfassungswidrigerklärung, wenn die Nichtigerklärung "nicht sachgerecht differenzierend durchzugreifen vermag"¹⁸. Die Verfassungswidrigerklärung hat im besonderen drei Vorteile: Sie gewährleistet die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers, sie schützt eine im übrigen verfassungsmässige Regelung und vermeidet rechtsleeren Raum, der durch die Nichtigerklärung einer Norm entstehen kann¹⁹. Von einer Nichtigerklärung absehen muss das Bundesverfassungsgericht auch, wenn der Verfassungsverstoss durch die Nichtigerklärung überhaupt nicht beseitigt werden kann oder wenn es am tauglichen Objekt fehlt, wie beispielsweise bei einem Unterlassen des Gesetzgebers. So sah das Bundesverfassungsgericht in BVerfGE 41, 400 von einer Nichtigerklärung einer unmittelbar angefochtenen gesetzlichen Regelung ab,

15 Sitzung vom 2. Dezember 1970 (Stenographischer Bericht, S. 4596 ff.).

16 Pestalozza (Geltung) 54 f.

17 Maurer (Verfassungswidrigerklärung) 360.

18 Maurer (Verfassungswidrigerklärung) 359.

19 Vgl. D. Schefold/K.-R. Leske, Hochschulvorschalgesetz: verfassungswidrig aber nicht nichtig, NJW 1973, 1297 ff. (1300).

weil die Nichtigerklärung gesetzestechisch nicht möglich war, weil sie dem Anliegen des Beschwerdeführers nicht entsprochen hätte und es dem Gesetzgeber überlassen bleiben musste, wie der Verfassungsverstoss zu heilen war. Das Bundesverfassungsgericht erachtete eine Bestimmung des Gesetzes über die politischen Parteien vom 24. Juli 1967 (BGBl I S. 773) in der Fassung des Gesetzes zur Änderung des Parteiengesetzes vom 22. Juli 1969 (BGBl I S. 925) für mit dem Recht auf Chancengleichheit aus Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG unvereinbar, da das Gesetz die Erstattung der notwendigen Kosten eines angemessenen Wahlkampfes nur für Parteien, nicht aber für unabhängige Wahlkreisbewerber vorsah. Es hielt den Gesetzgeber an, dem verfassungswidrigen Zustand abzuhelpfen. Wie dies im einzelnen zu geschehen habe, müsse seiner Entscheidung überlassen bleiben. Es seien verschiedene Regelungen denkbar. Bis zu einer Neuregelung hatte das Bundesverwaltungsgericht, an das der Rechtsstreit zurückgewiesen wurde, seinen Entscheid aussetzen.

In BVerfGE 44, 249 hatte das Bundesverfassungsgericht eine Regelung der Kinderzulagen für Beamte zu beurteilen. Die Beamten und Richter in Bund und Ländern sowie die Soldaten mit Kindern erhielten bis zur angefochtenen Neuregelung des Gesetzes Kinderzulagen. Das Gesetz zur Änderung beamtenrechtlicher und besoldungsrechtlicher Vorschriften änderte und beseitigte zum Teil die kinderbezogenen Bestandteile der Dienstbezüge. Es verwies in diesem Zusammenhang zum Teil auf das Kinderbesoldungsgesetz. Die Verfassungsbeschwerde richtete sich u.a. unmittelbar gegen die Streichung der Kinderzulagen (und damit gegen ein gesetzgeberisches Unterlassen). Das Bundesverfassungsgericht führte aus, das Einkommen der Beamten müsse als Ganzes nach Abzug der Steuern "den amtsangemessenen Unterhalt für die Beamtenfamilie als Einheit gewährleisten, und zwar in gleicher Weise für die Kleinfamilie wie für die kinderreiche Familie". Der Gesetzgeber habe zwar einen weiten Ermessensspielraum, um die Beamtengesetzgebung zu regeln. Eine solche Befugnis könne sich jedoch "dort zum Gestaltungsauftrag i.S. eines von der Verfassung auferlegten Gesetzgebungsprogramms wandeln, wo andere Grundwertentscheidungen der Verfassung in diesen Regelungsbereich einwirken". Sowohl das Sozialstaatsprinzip als auch das Gebot zur Förderung der Einheit der Familie schlossen eine Unterprivilegierung der kinderreichen Beamtenfamilie im Verhältnis zur Kleinfamilie aus. Das Bundesverfassungsgericht erklärte in der Entscheidformel, der Gesetzgeber habe die Beschwerdeführer in ihrem Recht auf amtsangemessene Alimentierung und in ihrem Recht auf angemessene Besoldung (Art. 33 Abs. 5 GG) verletzt, indem er es unterlassen habe, bei der Besoldungsneuregelung der Zahl der Kinder ausreichend Rechnung zu tragen.

Ein Unterlassen des Gesetzgebers hatte das Bundesverfassungsgericht auch in BVerfGE 45, 376 zu beurteilen. Es prüfte Vorschriften des Unfallversicherungs-Neuregelungsgesetzes, die die Versicherungsleistungen bei Arbeitsunfall oder Berufskrankheit betrafen. Das Gericht hielt die Bestimmungen als mit dem Gleichheitsgrundsatz und insbesondere mit dem Sozialstaatsprinzip unvereinbar, weil sie keine Regelung enthielten, die Versicherungsleistungen an ein durch einen Arbeits-

unfall oder eine Berufskrankheit seiner Mutter vor der Geburt geschädigtes Kind gewährte. Das Gericht sah aber von einer Entscheidung des Inhalts ab, dass das im Mutterleib geschädigte Kind durch Aufnahme in die Bestimmungen des angefochtenen Gesetzes zu berücksichtigen sei, weil der Verfassungsverstoss gegen Art. 3 Abs. 1 GG nicht nur auf diese Weise beseitigt und nicht mit Sicherheit angenommen werden konnte, "dass der Gesetzgeber – hätte er den Verstoss gegen den Gleichheitsgrundsatz erkannt – ihm in dieser Weise begegnet wäre".

Am häufigsten werden gleichheitswidrige begünstigende Erlasse (Gesetze über staatliche Leistungen, Sozialleistungen, Besoldungs- und Versorgungsansprüche, Subventionen usw.) wegen Verstosses gegen den Gleichheitsgrundsatz als mit dem Grundgesetz unvereinbar erklärt. Der Verfassungsverstoss lässt sich in solchen Fällen meist auf verschiedene Weise beseitigen²⁰. Hier dient deshalb die Verfassungswidrigerklärung nicht nur der Sicherung der Leistungen an die Benachteiligten, sondern der Berücksichtigung des gesetzgeberischen Willens, der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers²¹. Gegenstand der Nichtigerklärung könnte nur die ganze begünstigende Regelung oder die Bestimmung über einen ausdrücklichen Ausschluss einer bestimmten Personengruppe sein.

In BVerfGE 46, 97 prüfte das Bundesverfassungsgericht die Verfassungsmässigkeit einer Bestimmung des hamburgischen Beamtengesetzes. Die Vorschrift betraf den Fall, in dem das Witwer-, Witwen- und Waisengeld mit mehreren Versorgungsbezügen zusammentrifft. Das Verfassungsgericht erachtete die Gesetzesbestimmung insoweit mit dem Gleichheitsgrundsatz unvereinbar, als die Regelung dazu führte, dass die vom verstorbenen Ehegatten erworbenen Versorgungsbezüge vollständig ruhten, wenn die Witwe einen eigenen Versorgungsanspruch hatte, der gleich hoch oder höher als das von ihrem Ehemann erworbene Höchststruhegeld war. Die Regelung führe angesichts der in der heutigen Zeit zunehmenden Zahl von im öffentlichen Dienst tätigen Frauen in allzuvielen Fällen zum Verlust des Witwengeldes. Das Bundesverfassungsgericht überliess es aber dem Gesetzgeber, wie er die Neuregelung treffen wollte. Es wies darauf hin, dass der Gesetzgeber den Grundsatz zu beachten habe, wonach der Beamte Anspruch auf amtsangemessene Alimentierung seiner Person, seiner Familie und seiner Hinterbliebenen habe. Mehr garantiere die Verfassung nicht. Deshalb könne der Gesetzgeber im Falle, in dem einem Beamten mehrere Einkünfte aus einem Beamtenverhältnis zuflössen, in gewissen Grenzen den einen oder anderen Anspruch kürzen. Dies sei jedoch gesetzestechnisch auf verschiedene Weise erreichbar²².

Auch bei gleichheitswidrigen belastenden Gesetzen (Abgabegesetze, insbesondere Steuergesetze), die gegen das Gebot der Rechtsgleichheit verstossen, begnügt sich das Bundesverfassungsgericht aus den gleichen, eben erwähnten Gründen mit der Verfassungswidrigerklärung.

20 Maurer (Verfassungswidrigerklärung) 348; vgl. auch Rupp-von Brünneck (Bundesverfassungsgericht) 367 f.

21 Schefold/Leske (zit. in Anm. 19 hievor) 1300.

22 Vgl. auch BVerfGE 45, 376; 45, 104; 48, 227.

So erklärte das Bundesverfassungsgericht in BVerfGE 48, 227 eine Bestimmung des Gesetzes über die Fortzahlung des Arbeitsentgelts im Krankheitsfall (Lohnfortzahlungsgesetz) als mit dem GG unvereinbar. Das Gesetz verpflichtete die Arbeitgeber, ihren Arbeitnehmern im Krankheitsfalle unter bestimmten Voraussetzungen den Lohn weiterhin zu bezahlen. Wegen der wirtschaftlichen Belastung der Kleinbetriebe sah das Gesetz für die Bereitstellung der Mittel einen Risikoausgleich vor. Hierfür hatten die Arbeitgeber nach bestimmten Kriterien Beiträge, sogenannte Umlagebeiträge, zu entrichten. Das Bundesverfassungsgericht erachtete die Bestimmung, wonach sich die Umlage bei Betrieben mit Kurzarbeit nach dem fiktiven Vollohn berechnete und bei Kurzarbeit nicht ermässigte, als mit dem GG unvereinbar. Eine dem Gleichheitsgrundsatz entsprechende Lösung sah es beispielsweise darin, dass die Bemessung der Umlage nicht nach fiktiven, sondern nach tatsächlichen Löhnen berechnet werde. Da dies jedoch nicht die einzige gesetzgeberische Möglichkeit sei, stellte es jedoch nur die Unvereinbarkeit der Regelung mit dem GG fest, um die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers zu wahren²³.

Eine zweite Fallgruppe betrifft die Verfassungswidrigerklärung der gegen die Freiheitsrechte verstossenden Gesetze. Sie hat sich aus der Rechtsprechung über die gleichheitswidrigen Erlasse herausgebildet²⁴. Hier liegt der Grund für die Verfassungswidrigerklärung nicht so sehr darin, dass der Verfassungsverstoss auf verschiedene Weise beseitigt werden kann, als vielmehr darin, dass mit der Nichtigerklärung eine klare Rechtsgrundlage wegfiel (womit auch die Rechtssicherheit gefährdet würde). Das Bundesverfassungsgericht will die Entstehung rechtsleeren Raumes vermeiden und eine klare Rechtsgrundlage bis zur Neuregelung durch den Gesetzgeber bestehen lassen.

So erklärte das Bundesverfassungsgericht in BVerfGE 40, 296 mehrere Bestimmungen des Saarländischen Gesetzes Nr. 970 über den Landtag des Saarlandes vom 20. Juni 1973 als mit dem GG unvereinbar. Es sah jedoch von einer Nichtigerklä-

23 In BVerfGE 47, 1 hat das Bundesverfassungsgericht eine steuergesetzliche Bestimmung für verfassungswidrig erklärt. Die Bestimmung regelte die Ausnahmen, bei denen Aufwendungen im Bereich der privaten Lebensführung steuerlich nicht berücksichtigt werden. Als aussergewöhnliche abzugsfähige Belastungen taxierte es Aufwendungen durch die Beschäftigung einer Haushalthilfe, "wenn zum Haushalt des Steuerpflichtigen mindestens zwei Kinder gehören, die das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, und beide Eltern berufstätig sind". Das Bundesverfassungsgericht hiess die Beschwerde eines Beschwerdeführers, dessen Ehefrau ebenfalls berufstätig war und der ein Kind hatte, gut und erklärte die Bestimmung als mit dem GG unvereinbar, da es den Unterschied in der Kinderzahl nicht als sachlichen Grund für die ungleiche Behandlung im Hinblick auf die Aufwendungen für die Kinderbetreuung erachtete. Es sah von einer Nichtigerklärung ab, weil es die Entscheidung darüber, auf welche Weise der bisherige gleichheitswidrige Ausschluss berufstätiger Eltern mit nur einem Kind von der Gewährung einer Pauschale "in einer der Verfassung gerecht werdenden Weise" zu beseitigen ist, dem Gesetzgeber überlassen wollte. Das Gleichheitsgebot und das Gebot der Steuergerechtigkeit liessen dem Gesetzgeber die Freiheit, wie er die Minderung der steuerlichen Leistungsfähigkeit im Bereiche der Einkommensverwendung ermitteln und beurteilen wolle.

24 Vgl. Maurer (Verfassungswidrigerklärung) 350; Schefold/Leske (zit. in Anm. 19 hievor) 1302.

rung ab, da die betreffenden Vorschriften die Einkünfte der in den Landtag gewählten Abgeordneten regelten. Den unter der Geltung des Landtagsgesetzes in den Landtag gewählten Abgeordneten wäre sonst die Rechtsgrundlage für ihren Status entzogen worden; zur Erhaltung ihrer Unabhängigkeit wären sie bis zur Neuregelung der Materie auf die im Gesetz festgelegten Einkünfte angewiesen gewesen. Das Gericht forderte den Landtag auf, bis zum Beginn einer neuen Legislaturperiode eine neue verfassungsmässige Regelung in Angriff zu nehmen.

Nach Maurer²⁵ ist die Verfassungswidrigerklärung bei gleichheitswidrigen Erlassen eine willkommene Lösung. Bei Gesetzen, welche Grundrechte verletzen, ist sie seiner Meinung nach jedoch nur ausnahmsweise gerechtfertigt, "wenn sich der Verfassungsverstoss nicht klar erfassen lässt und die Nichtigklärung weit über den eigentlichen Verfassungsverstoss hinausreichen würde".

Wegen der Verschiedenartigkeit ihrer Anwendungsmöglichkeiten ist die Verfassungswidrigerklärung schwer fassbar. Sie muss für alle Unbequemlichkeiten der Nichtigklärung erhalten. Dabei stellt sie keine befriedigende Alternativlösung dar, denn ihre Rechtsfolgen sind unklar und uneinheitlich. Voraussetzungen und Folgen der Verfassungswidrigerklärung müssten im BVerfGG geregelt sein. Über die Anwendbarkeit der mit dem Grundgesetz unvereinbar erklärten Erlasse gibt es verschiedene Meinungen. Nach der herrschenden Meinung hat die Verfassungswidrigerklärung grundsätzlich die gleiche Wirkung wie die Nichtigklärung einer Norm²⁶. § 79 BVerfGG ist sinngemäss anzuwenden für Akte der Vergangenheit. Für die Zukunft darf der verfassungswidrige Erlass ab sofort nicht mehr angewendet werden. Nach der Meinung Pestalozzas²⁷, welche Meinung nicht einheitlich vertreten wird, sind sogar Entscheidungen in allen Sachverhalten, die unter die betreffende Norm fallen, bis zu einer Neuregelung auszusetzen.

Die Regel, wonach für verfassungswidrig erklärte Gesetze nicht anwendbar sind, gilt aber nicht ausnahmslos. Es kommt auf den Grund der Unvereinbarerklärung an.

Gleichheitswidrige Gesetze sind in der Regel nach herrschender Meinung bis zu einer Neuregelung in ihrer Anwendbarkeit suspendiert²⁸.

Diese Regelung kann aber gerade bei gleichheitswidrigen Gesetzen, welche die Ausschüttung von Staatsleistungen an den einzelnen zum Inhalt haben, nicht gelten, wenn das Verfassungsgericht mit der blossen Feststellung der Verfassungswidrigkeit die Entstehung rechtsleeren Raumes vermeiden wollte. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gilt ein Gesetz nach der gerichtlichen Feststellung seiner Verfassungswidrigkeit weiter, wenn bis zur Neuregelung eine Rechtslücke überbrückt werden muss²⁹.

Im Entscheid BVerfGE 42, 251 prüfte das Bundesverfassungsgericht auf Beschwerde hin, ob der als Ordnungsmassnahme verhängte Ausschluss des Beschwerde-

25 Maurer (Verfassungswidrigerklärung) 360.

26 Pestalozza (Rechtslagen) 562 sowie seine in Anm. 203 aufgeführten Weiterverweise.

27 Pestalozza (Rechtslagen) 563; vgl. dazu jedoch seine Anm. 208.

28 Schefold/Leske (zit. in Anm. 19 hievon) 1301 f.; Maurer (Verfassungswidrigerklärung) 361.

29 Pestalozza (Rechtslagen) 565.

führers von einer Einrichtung des zweiten Bildungsweges auf gesetzlicher Grundlage beruhe. Der Beschwerdeführer wurde wegen Verstößen gegen die Schulordnung kurz vor der Reifeprüfung von der Schule ausgeschlossen. Nach dem Landesgesetz über die öffentlichen Schulen vom 25. November 1958 des Landes Rheinland-Pfalz war der Kultusminister ermächtigt, eine Schulordnung zu erlassen. Die als Verwaltungsvorschrift erlassene Schulordnung von 1972 regelte im einzelnen die Ordnungsmassnahmen bei Verfehlungen innerhalb oder ausserhalb des Colleges, so insbesondere auch den Ausschluss von der Schule. Das Bundesverfassungsgericht kam zum Schluss, dass der Ausschluss des Beschwerdeführers verfassungsmässige Rechte verletze, da die verfassungsrechtlich notwendige Gesetzesgrundlage fehle; die allgemein dargelegte Ermächtigung im Landesgesetz genüge den Bestimmtheitserfordernissen nicht. Das Gericht hob die beanstandete Massnahme als verfassungswidrig auf. Gleichzeitig wies es darauf hin, dass die verfassungswidrige Regelung für eine Übergangsfrist hinzunehmen sei, "um eine sonst eintretende Funktionsunfähigkeit staatlicher Einrichtungen zu vermeiden, die der verfassungsmässigen Ordnung noch ferner stünde als der bisherige Zustand". Dies bedeute aber nicht, dass innerhalb der Übergangsfrist die bisherige Regelung ohne weiteres so anwendbar bliebe, als sei sie verfassungsrechtlich unbedenklich. Bis zur Herstellung eines verfassungsmässigen Zustandes durch den Gesetzgeber reduzierten sich vielmehr die Befugnisse der Behörden und Gerichte zu Eingriffen in verfassungsrechtlich geschützte Rechte auf das, was im konkreten Fall für die geordnete Weiterführung eines funktionsfähigen Betriebes unerlässlich sei³⁰.

Bei verfassungswidrigen Gesetzen zur Organisation von Körperschaften würde durch die Suspension der Anwendbarkeit die gesetzliche Grundlage für die Handlungsfähigkeit der Organe wegfallen; Organisationsnormen sind daher in der Regel trotz ihrer erkannten Verfassungswidrigkeit gleichwohl anwendbar³¹.

Über die Anwendbarkeit der grundrechtswidrigen Erlasse gehen die Meinungen auseinander. Es scheint richtig, dass grundrechtswidrige Erlasse am ehesten von allen für mit dem Grundgesetz unvereinbar erklärten Erlassen nicht angewendet werden dürfen, da die Garantie der Grundrechte für die Anwendbarkeit solcher Erlasse nach deren Verfassungswidrigerklärung eine absolute Schranke ist und das Verfassungsunrecht durch eine weitere Anwendung grundrechtswidriger Erlasse noch vertieft würde³².

30 Vgl. auch BVerfGE 40, 276 (285).

31 Maurer (Verfassungswidrigerklärung) 364; a.M. Schefold/Leske (zit. in Anm. 19 hievor), danach sollten verfassungswidrige Gesetze noch bis zu einer Neuregelung angewendet werden, um rechtsleeren Raum zu vermeiden; diese These wird jedoch im Zusammenhang mit dem als verfassungswidrig erkannten Vorschaltgesetz für ein Niedersächsisches Gesamthochschulgesetz, das neben grundrechtsbeschränkenden Normen auch Organisationsnormen enthielt, aufgestellt (BVerfGE 35, 79). Mit diesem Gesetz regelte Niedersachsen bis zum Inkrafttreten eines Gesamthochschulgesetzes die Zusammensetzung der Kollegialorgane, Kommissionen und Ausschüsse seiner wissenschaftlichen Hochschulen und die Mitwirkung von Vertretern der verschiedenen Gruppen von Hochschulangehörigen in diesen Organen sowie das Wahlverfahren neu.

32 Maurer (Verfassungswidrigerklärung) 364.

Die vorläufige Unanwendbarkeit verfassungswidriger Gesetze bringt - wie die Nichtigerklärung - auch viele Probleme mit sich. Abgesehen davon, dass sich ihre Voraussetzungen bisher systematisch nicht erfassen liessen, fragt es sich, innert welcher Frist der Gesetzgeber für eine Neuregelung tätig werden muss. Bei verfassungswidrigen Steuer- und anderen Abgabegesetzen, welche mit der Entscheidung nicht mehr angewendet werden, fehlt dann auch für die tatsächlich geschuldeten Abgaben die gesetzliche Grundlage.

Die vorigen Beispiele zeigen, dass das Bundesverfassungsgericht mit dem Institut der Unvereinbarerklärung viel freies richterliches Ermessen geniesst. Dadurch kann es der Natur des einzelnen verfassungswidrigen Erlasses wohl gerechter werden, dementsprechend ist jedoch die Rechtssicherheit gefährdet.

C. "Appellentscheidung" (Hinweise an den Gesetzgeber)

Die "Appellentscheidung" unterscheidet sich von der Nichtigerklärung und der Verfassungswidrigerklärung dadurch, dass das Bundesverfassungsgericht den fraglichen Erlass "für noch verfassungsmässig" befindet, jedoch im Hinblick auf eine Rechtsprechungsänderung bereits seine Zweifel an der Verfassungsmässigkeit des Gesetzes bekundet.

Die Rechtslage ist eindeutig; das Gesetz ist nach der "Appellentscheidung" weiterhin anwendbar, denn im Dispositiv der Entscheidung ist seine Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz festgestellt worden; lediglich in den Gründen der Entscheidung wird die Verfassungsmässigkeit angezweifelt. Gleichzeitig wird der Gesetzgeber innerhalb einer bestimmten Frist zu einer Neuregelung aufgefordert (deshalb der Name "Appellentscheidung")³³.

In BVerfGE 43, 13 prüfte das Bundesverfassungsgericht beispielsweise, ob der Ausschluss der Kumulierung von Waisenrenten für Vollwaisen, deren Eltern rentenversichert waren, gegen den in Art. 3 Abs. 1 GG garantierten Gleichheitsgrundsatz verstosse. Nach § 1267 Abs. 1 der Reichsversicherungsordnung in der Fassung des Art. 1 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der Rentenversicherung der Arbeiter vom 23. Februar 1957 erhalten die Kinder eines Versicherers nach dessen Tod eine Waisenrente. Nach § 1280 Abs. 2 der Reichsversicherungsordnung wurde nur die höchste Rente gewährt, wenn mehrere Renten zusammentreffen. Das Bundesverfassungsgericht, das in konstanter Rechtsprechung davon ausgeht, dass die Fürsorge für Hilfsbedürftige zu den selbstverständlichen Verpflichtungen eines Sozialstaates gehört (S. 19 des Entscheides und dortige Hinweise), prüfte die Regelung im Rahmen anderer Versicherungsleistungen an Waisen. Es wies darauf hin, dass die verschiedenartigen Regelungen über die Kumulierung von Waisenrenten im Bereich des Sozialversicherungsrechts auf die Dauer nicht voll zu überzeugen vermöchten,

33 Vgl. BVerfGE 25, 1, 167; 21, 12; 16, 30; 15, 337.

hielt die Vorschrift jedoch als mit dem GG noch vereinbar. Gleichzeitig machte es den Gesetzgeber darauf aufmerksam, dass es seine Aufgabe sei, die ähnlichen Zwecken dienenden Sozialleistungen zu vereinheitlichen. Angesichts des vielgestaltigen und verzweigten Rechtsgebietes sei es grundsätzlich dem Gesetzgeber überlassen, in welcher Zeitfolge er die gebotenen Änderungen auf den verschiedenen Einzelgebieten vornehmen wolle. Der Gesetzgeber solle diese Aufgabe jedenfalls in den Teilbereichen innerhalb vertretbarer Zeiträume lösen.

Die "Appellentscheidung" ist eine Form der Ankündigung der Rechtsprechungsänderung. Als "Ankündigung von rechtlichen Zweifeln" ist sie ihre schwächste Form (uneigentliche Rechtsprechungsänderung)³⁴. Das Bundesverfassungsgericht ist zu einer Änderung der Rechtsprechung entschlossen; es hat die Verfassungswidrigkeit oder die mögliche Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes erkannt, möchte jedoch die Rechtsänderung dem Gesetzgeber überlassen. Damit weicht es – wie bei der Verfassungswidrigerklärung – den Problemen der Nichtigerklärung aus³⁵.

Die Motive der "Appellentscheidung" sind weitgehend die gleichen wie diejenigen der Verfassungswidrigerklärung: Problematik der gleichheitswidrigen Gesetze, Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers, unliebsame Folgen der Rückwirkung usw.; oft ergehen solche Entscheidungen auch über Erlasse, die sich an der Grenze der Verfassungsmässigkeit bewegen. Die "Appellentscheidung" erscheint dann als das mildeste Mittel einer Sanktion.

Die "Appellentscheidung" will eine allmähliche Rechtsentwicklung herbeiführen. Das Bundesverfassungsgericht nimmt Rücksicht auf den Gesetzgeber, es will mit ihm zusammenwirken³⁶. Das Gericht auferlegt sich Zurückhaltung³⁷. Bei Entscheidungen, welche weitreichende Folgen haben, ist die Zurückhaltung des Bundesverfassungsgerichts demokratisch legitimiert³⁸. Gerade in solchen Fällen fragt es sich jedoch, ob das Bundesverfassungsgericht nicht kraft der ihm von der Verfassung zugewiesenen Kompetenzen härter durchgreifen müsste, um die Verfassung zu schützen³⁹.

Andererseits verstösst das Bundesverfassungsgericht unter Umständen gegen den Grundsatz der Gewaltenteilung, indem es den Gesetzgeber zwingt, innert bestimmter Frist tätig zu werden⁴⁰.

34 R. Birk, Die Ankündigung von Rechtsprechungsänderungen, JZ 1974, 735 ff. (739).

35 Insofern als die Verfassungswidrigerklärung nicht die Unanwendbarkeit des verfassungswidrigen Gesetzes mit sich zieht, gleicht sie der "Appellentscheidung"; allerdings wird bei der "Appellentscheidung" dem Gesetzgeber eine genau bezeichnete Frist für den Erlass der Neuregelung angesetzt; vgl. Schefold/Leske (zit. in Anm. 19 hievor) 1302.

36 Rupp-von Brünneck (Bundesverfassungsgericht) 366, 370.

37 Rupp-von Brünneck (Bundesverfassungsgericht) 369.

38 Birk (zit. in Anm. 34 hievor) 742.

39 Rupp-von Brünneck (Bundesverfassungsgericht) 369.

40 Noch deutlicher zeigt sich das Problem, wenn das Bundesverfassungsgericht bei Untätigkeit des Gesetzgebers (z.B. bei unerfüllten Verfassungsaufträgen) selber zur Lösung greift; vgl. BVerfGE 25, 167. In diesem Entscheid erklärte das Bundesverfassungsgericht, dass die Frist, die dem Gesetzgeber zur Durchführung der Reform auf dem Gebiet des Unehelichenrechts einzuräumen sei, auch bei Beachtung der grundsätzlichen Dispositionsfreiheit des Gesetz-

Die "Appellentscheidung" verdeutlicht damit sehr anschaulich die Problematik zwischen dem demokratischen Prinzip (Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers) und der Forderung nach Verfassungsschutz.

Das Bundesverfassungsgericht bestimmt die Frist für den Gesetzgeber in seiner Entscheidung nach der Zeit, die für die Vorbereitung und Verabschiedung eines verfassungsmässigen Gesetzes als angemessen erscheint. Manchmal hat es den zeitlichen Spielraum auch nur vage umschrieben oder auch nur verlangt, dass der Gesetzgeber die Rechtslage "unverzüglich in Ordnung bringe"⁴¹.

Bei unerfüllten verfassungsrechtlichen Gesetzgebungsaufträgen ist die "Appellentscheidung" eine angemessene Lösung⁴². Wenn der Gesetzgeber einen Verfassungsauftrag nicht erfüllt, gewinnt der Verfassungsauftrag nach Ablauf der vom Bundesverfassungsgericht gesetzten Frist "volle rechtliche Bedeutung und gebietet anderweitige Verwirklichung des Verfassungswillens"⁴³.

Das Bundesverfassungsgericht setzt dem Gesetzgeber auch Fristen, wenn es ein Gesetz für verfassungswidrig oder für in naher Zeit verfassungswidrig befindet⁴⁴. Hierbei ist von Bedeutung, ob die Verfassungswidrigkeit offensichtlich ist und durch Aufhebung der Norm leicht beseitigt werden kann.

Bei Steuer- und Wahlgesetzen ist das Bundesverfassungsgericht wegen der weitreichenden Folgen seiner Entscheidung mit einer Nichtigerklärung zurückhaltend.

gebers und aller die Verzögerung rechtfertigenden oder erklärenden Umstände mit dem Ende der damaligen Legislaturperiode ablaufe. Art. 6 Abs. 5 GG enthielt einen Auftrag an den Gesetzgeber zur Reform des Unehelichenrechts. Diesem Auftrag hatte der Gesetzgeber 20 Jahre lang nicht nachgelebt. Falls der Gesetzgeber bis zum Ende der Legislaturperiode nicht tätig werde, erlange der Verfassungsbefehl derogierende Kraft gegenüber dem geltenden einfachen Recht, so dass die Gerichte dann stellvertretend das Gebot der Verfassung verwirklichen müssten, wobei die entstehenden Gesetzeslücken durch rechtsschöpferische Interpretation von Art. 6 Abs. 5 GG zu füllen wären.

41 Pestalozza (Rechtsslagen) und dort zit. Entscheidung BVerfGE 34, 9, 26.

42 In BVerfGE 45, 187 prüfte das Bundesverfassungsgericht die Frage, ob die lebenslange Freiheitsstrafe für den Mörder, der die Tat heimtückisch oder um eine andere Straftat zu verdecken, begeht, mit dem GG vereinbar sei. Unter Darlegung der geschichtlichen Entwicklung der Freiheitsstrafe für Mörder und der Qualifikation einer Tat als Mord sowie der verschiedenen Funktionen der Strafe kam es zum Schluss, dass die lebenslange Freiheitsstrafe für Mörder keine allgemeine verfassungsrechtliche Billigung finden könne, wohl aber mit dem Recht auf persönliche Freiheit (Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG) und der in Art. 19 Abs. 2 GG enthaltenen Wesensgehaltsgarantie verträglich sei. Das Bundesverfassungsgericht wies auf die Schwierigkeiten hin, ein Kriterium für die Qualifizierung einer Tat als Mord zu finden. Der Gesetzgeber habe bis heute keine befriedigende Regelung gefunden. Eine allseits befriedigende Neuregelung zu finden, werde angesichts der Vielfalt der Probleme eine schwierige Aufgabe für den Gesetzgeber sein. Dem Gesetzgeber obliege aber die verfassungsrechtliche Pflicht, eine gesetzliche Regelung für die vorzeitige Entlassung einzuführen. Dem Gesetzgeber gebühre hiezu – wie dies bei den in Entwicklung begriffenen Komplexen üblich sei – eine angemessene Frist zur Sammlung von Erfahrungen. Das Bundesverfassungsgericht bemerkte: "Mängel einer Regelung geben erst dann Anlass zum verfassungsgerichtlichen Eingreifen, wenn der Gesetzgeber eine spätere Überprüfung und Verbesserung trotz ausreichender Erfahrungen für eine sachgerechte Lösung unterlässt (vgl. BVerfGE 43, 291 (321)). Dieser Spielraum muss dem Gesetzgeber auch hier eingeräumt werden" (S. 252).

43 BVerfGE 25, 167 (180).

44 Vgl. BVerfGE 25, 1; das Bundesverfassungsgericht weist auf einen späteren Zustand hin, wo der "Beibehalt des Gesetzes vom Gericht nicht mehr geschützt werden könnte" (S. 24).

Es greift daher nicht nur zur Verfassungswidrigerklärung, sondern auch zur "Appellentscheidung". In Volkswahlen möchte das Bundesverfassungsgericht nur eingreifen, wenn ein Wahlgesetz offensichtlich gegen die Verfassung verstösst; es scheut begreiflicherweise davor zurück, Volksentscheide aufzuheben⁴⁵. Bei Steuergesetzen sieht das Bundesverfassungsgericht auch von einer Nichtigerklärung ab, weil die Abgrenzung von nichtigen und gültigen justiziablen Gesetzesstellen oft schwierig ist, vor allem aber auch, weil die Bedeutung von Steuergesetzen für die Einnahmen der öffentlichen Hand gross ist und bei einer Nichtigerklärung die gesetzliche Grundlage für die Erhebung der Abgaben wegfallen würde⁴⁶.

Das Bundesverfassungsgericht hat seit den Anfängen seiner Tätigkeit eine reiche Vielfalt von Möglichkeiten zur Behebung verfassungswidriger Rechtslagen entwickelt. Es hat sich selbst zu helfen versucht, weil ihm anfänglich nur das Mittel der Nichtigerklärung verfassungswidriger Normen zur Verfügung stand, was oft zu unbefriedigenden Resultaten führte. Dabei hat es immer neue Wege gefunden, um dem einzelnen Fall gerecht zu werden. Im Sinne einer Rechtsschöpfung hat es das BVerfGG weitergebildet, wobei nun dem Gesetzgeber die äusserst schwierige Aufgabe bleibt, diese Rechtsfortbildung zu kodifizieren. Das Bundesverfassungsgericht hat oft gerade mit der Begründung, zugunsten der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers zurücktreten zu wollen, für sich selbst eine Gestaltungsfreiheit der Rechtsprechung in Anspruch genommen, die über den Rahmen der ihm zugewiesenen

45 Nach der Gemeindeordnung für den Freistaat Bayern können Beamte und hauptberufliche Angestellte von juristischen Personen oder sonstigen Organisationen des öffentlichen oder privaten Rechts, an denen die Gemeinde mit mehr als 50% beteiligt ist, nicht ehrenamtlicher Bürgermeister oder ehrenamtliche Gemeinderatsmitglieder in einer Gemeinde sein. Das Bundesverfassungsgericht liess in BVerfGE 48, 64 seine Zweifel an der Verfassungsmässigkeit dieser Regelung durchblicken. Es führte u.a. aus, der Gesetzgeber könne zwar aufgrund von Art. 137 Abs. 1 GG Inkompatibilitäts-, nicht aber Ineligibilitätsnormen erlassen. Eine Ausschliessung von der Wahlmöglichkeit könne nicht nur aus rechtlichen, sondern auch aus faktischen Gründen gegeben sein, nämlich dann, wenn sich der Betroffene wegen der Folgen der gesetzlichen Regelung (Austritt aus dem öffentlichen Dienst) ausserstande sehe, sich für das Mandat zu entscheiden. Die zu prüfende gemeinderechtliche Vorschrift habe in der Regel faktisch den Ausschluss von der Wählbarkeit zur Folge, weil die betroffenen Personengruppen durch die Auswirkung auf ihre berufliche Existenz praktisch nicht in der Lage seien, sich nach Erringung eines Gemeinderatsmandats für dessen Annahme und Ausübung zu entscheiden. Ein solcher Ausschluss sei als eine mit dem Grundsatz der Wahlgleichheit vereinbare Differenzierung nur gerechtfertigt, wenn ansonsten der Gefahr von Interessenkollisionen nicht wirksam begegnet sei. Das Bundesverfassungsgericht stellte fest, dass eine solche Regelung nur bei einzelnen Personen faktisch zu einem Ausschluss führe, jedoch wegen der Gefahr einer Interessenverflechtung generell gerechtfertigt sei. Es prüfte die Auswirkung der Vorschrift auf den Beschwerdeführer und stellte im Hinblick auf den konkreten Fall die teilweise Verfassungswidrigkeit fest, da es sich beim Beschwerdeführer zum Teil nicht um einen Angestellten des öffentlichen Dienstes im Sinne von Art. 137 Abs. 1 GG handelte und er daher nicht in die Unvereinbarkeitsregel einbezogen werden durfte. Das Bundesverfassungsgericht stellte fest, dem bayerischen Gesetzgeber bleibe die Möglichkeit, eine eigenständige Regel innerhalb der aufgezeigten, von Art. 3 Abs. 1 und Art. 137 Abs. 1 GG bestimmten Grenzen zu treffen.

46 BVerfGE 21, 12: "Der ... Mangel muss beim Abschluss der eingeleiteten und in angemessener Zeit vom Gesetzgeber zu verabschiedenden Umsatzsteuerreform hingenommen werden" (S. 21).

verfassungsrechtlichen Kompetenzen hinausgeht und seine politische Macht sichtbar werden lässt.

II. Aufhebung verfassungswidriger Erlasse in Österreich

A. Allgemeines

Wenn der Verfassungsgerichtshof die Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes oder die Gesetzwidrigkeit einer Verordnung feststellt, so hebt er die Norm auf (§§ 59 Abs. 2 und 64 Abs. 1 VfGG, Art. 139 und 140 B-VG). Die Art. 139 Abs. 5 und 140 Abs. 5 B-VG verpflichten die zuständige Behörde (bei Verordnungen die oberste Behörde des Bundes oder des Landes, bei Gesetzen den Bundeskanzler oder den zuständigen Landeshauptmann) zur unverzüglichen Kundmachung der Aufhebung. Die Aufhebung tritt erst am Tage der Kundmachung in Kraft (Art. 139 Abs. 2 und 140 Abs. 3 B-VG). Die Kundmachung ist Bedingung für das Inkrafttreten der Aufhebung. Der Verfassungsgerichtshof kann überdies das Inkrafttreten der Aufhebung bei Verordnungen sechs Monate und bei Gesetzen ein Jahr hinausschieben (Art. 139 Abs. 5 und 140 Abs. 5 B-VG).

Von Gesetzes wegen tritt am Tage der Kundmachung ausserdem die gesetzliche Bestimmung wieder in Kraft, die durch den verfassungswidrigen Erlass aufgehoben wurde, wenn der Verfassungsgerichtshof nichts anderes bestimmt (Art. 140 Abs. 6 B-VG).

Der Verfassungsgerichtshof betont oftmals, dass seiner Aufhebung eines Gesetzes im Punkte der Geltung der als verfassungswidrig aufgehobenen Gesetzesvorschrift keine andere Wirkung zukomme wie der Aufhebung durch den Gesetzgeber selbst. Die Verfassung habe dem Verfassungsgerichtshof die Vollmacht übertragen, der fernerer Geltung von verfassungswidrigen Gesetzen ein Ende zu setzen; dem Begriff "Aufhebung" in Art. 140 B-VG komme daher keine andere als sonst mit diesem Begriff verbundene Bedeutung zu⁴⁷.

Die Aufhebung eines Gesetzes oder einer Verordnung durch eine Entscheidung des Verfassungsgerichtshofes wirkt grundsätzlich nur pro futuro. Auch wenn für die Wirksamkeit der Aufhebung eines Erlasses keine Frist bestimmt ist, wirkt die Aufhebung auf die bis daher konkretisierten Sachverhalte mit Ausnahme des Anlaffalles nicht zurück⁴⁸.

Der Verfassungsgerichtshof entscheidet allerdings auch darüber, ob ein Gesetz verfassungswidrig oder eine Verordnung gesetzwidrig war (Art. 139 Abs. 4 und 140 Abs. 4 B-VG). Als Normenkontrollentscheidung hat hier das Erkenntnis für die Norm selbst nur feststellenden Charakter⁴⁹. Bezüglich des angefochtenen

47 Erk.Slg. 1415/1931; 5412/1966; 6408/1971.

48 Erk.Slg. 5414/1966.

49 Siehe vorn S. 22 ff.

individuell-konkreten Hoheitsaktes kommt jedoch der Ausspruch, dass eine Verordnung gesetzwidrig oder ein Gesetz verfassungswidrig war, in seiner Wirkung für die Zeit der gesetzwidrigen Geltung des Erlasses der Aufhebung eines noch in Kraft stehenden Erlasses gleich⁵⁰.

Der Verfassungsgerichtshof versucht, wenn möglich, den verfassungsmässigen Zustand durch die Aufhebung nur einzelner Wörter einer Bestimmung wiederherzustellen. Keine Probleme in dieser Hinsicht bot beispielsweise die Entscheidung Erk.Slg. 6938/1972. Der Verfassungsgerichtshof prüfte die Verfassungsmässigkeit einer Bestimmung einer Hafenordnung, wonach "das Fischen und Jagen im Hafenbecken sowie das Anzünden offener Feuer auf Booten und Molenköpfen verboten" waren. Da es nach Ansicht des Verfassungsgerichtshofes nicht dem Gesetz entsprach, ein generelles, jede Art des Fischens erfassendes und sich auf das ganze Jahr erstreckendes Verbot des Fischens im Sport- und Motorboothafen zu erlassen, hob er die Wörter "Fischen und" auf, womit der verfassungsmässige Zustand wiederhergestellt war, ohne dass die ganze Bestimmung aufgehoben werden musste⁵¹.

Jede Aufhebung einer Gesetzesbestimmung nach Art. 140 B-VG bewirkt nach der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes eine inhaltliche Änderung der Gesamtregelung, weil ein Teil dieser Regelung wegfällt. Der Verfassungsgerichtshof versucht daher bei der Aufhebung einer Vorschrift die Grenzen so zu ziehen, "dass einerseits der verbleibende Gesetzesteil nicht einen völlig veränderten Inhalt bekommt und dass andererseits die mit der aufzuhebenden Gesetzesstelle in einem untrennbaren Zusammenhang stehenden Bestimmungen auch erfasst werden"⁵². Er hält es "für seine Aufgabe, den Umfang der zu prüfenden und im Falle ihrer Rechtswidrigkeit aufzuhebenden Bestimmungen derart abzugrenzen, dass einerseits nicht mehr aus dem Rechtsbestand ausgeschieden wird, als Voraussetzung für den Anlassfall ist, dass aber andererseits der verbleibende Text keine Veränderung der Bedeutung erfährt". Es liege auf der Hand, dass beide Ziele gleichzeitig niemals vollständig erreicht werden könnten. Der Verfassungsgerichtshof habe daher in jedem einzelnen Fall abzuwägen, ob und inwieweit diesem oder jenem Ziel der Vorrang vor dem anderen gebühre⁵³. Im eben erwähnten Entscheid hatte der Verfassungsgerichtshof folgende Bestimmung des Rundfunkgesetzes auf ihre Verfassungsmässigkeit zu überprüfen: "Die Mitglieder der Kommission ernennt der Bundespräsident auf Vorschlag der Bundesregierung für die Dauer von vier Jahren. Die Bundesregierung ist bei ihrem Vorschlag für je drei Mitglieder aus dem Richterstand an Vorschläge des Verfassungsgerichtshofes, der Vollversammlung des Verwaltungsgerichts-

50 Erk.Slg. 5310/1966.

51 Vgl. auch Erk.Slg. 7708/1975 und 7947/1976.

Auch wenn es keine schriftliche Bestimmung aufzuheben gibt, behilft sich der Verfassungsgerichtshof mit der Aufhebung. In Erk.Slg. 7585/1975 hat er einen Teilbebauungsplan (der nach der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes als Rechtsverordnung gilt) "insoweit als gesetzwidrig aufgehoben, als sich dieser Plan auf das in der zeichnerischen Darstellung als Parzellen Nr. 1406 bis 1410 bezeichnete örtliche Gebiet bezieht".

52 Erk.Slg. 6674/1972 (S. 185 f.).

53 Erk.Slg. 7376/1974 (S. 108 f.).

hofes und des Plenarsenates des Obersten Gerichtshofes sowie hinsichtlich der übrigen Mitglieder für je vier an Vorschläge des Zentralbetriebsrates und der Hörer- und Sehervertretung gebunden" (§ 25 Abs. 3 des Gesetzes). Der Verfassungsgerichtshof erachtete die Bestimmung als verfassungswidrig, da die dem Verwaltungs- und dem Verfassungsgerichtshof in der Bestimmung übertragene Aufgabe weder Rechtsprechung im materiellen Sinne noch Justizverwaltung sei und zur Gerichtsbarkeit des öffentlichen Rechts keinen Bezug habe. Eine solche Aufgabe könne nicht durch einfachgesetzliche Bestimmung übertragen werden. Entgegen dem Antrag der Bundesregierung, nur die Wörter "des Verfassungsgerichtshofes, der Vollversammlung des Verwaltungsgerichtshofes und" aufzuheben, hob der Verfassungsgerichtshof den ganzen Abs. 3 der Bestimmung auf. Er teilte die Ansicht des Verwaltungsgerichtshofes, wonach die Bestimmung eine untrennbare Einheit bilde, so dass durch die Aufhebung lediglich der Wörter "des Verfassungsgerichtshofes, der Vollversammlung des Verwaltungsgerichtshofes und" der Bundesregierung mit der Beseitigung des Vorschlagsrechts der Gerichtshöfe eine vom Gesetzgeber nicht vorgesehene Entschliessungsfreiheit eingeräumt worden wäre. Dies wäre inhaltlich einer Neuregelung des Rundfunkgesetzes gleichgekommen, die dem Verfassungsgerichtshof nach eigener Ansicht nicht zugestanden wäre.

Wegen seiner Befugnis zur Fristsetzung für das Ausserkrafttreten kann der Verfassungsgerichtshof auch ganze Bestimmungen oder ganze Erlasse für verfassungswidrig erklären, wenn sie für sich allein betrachtet keinen vollkommenen Sinn mehr ergeben und Gewähr dafür besteht, dass der Gesetzgeber die Lücke innert Frist ausfüllen wird. In Erk.Slg. 6421/1971 hatte der Verfassungsgerichtshof auf Beschwerde von Sparkassen hin die Verfassungsmässigkeit einer Gesetzesbestimmung bezüglich Darlehensverträgen und Schuldscheinen über die Befreiung von Stempel- und Rechtsgebühren nach dem Bundesgesetz betreffend Ausgestaltung des Staatlichen Wohnungsfürsorgefonds zu einem Bundes-Wohn- und Siedlungsfonds zu prüfen. Er setzte das Verfahren aus, um die Verfassungsmässigkeit der Bestimmung von Amtes wegen zu prüfen. Danach kam die Befreiung von den Stempel- und Rechtsgebühren "unter den durch Verordnung festzusetzenden Voraussetzungen" den Rechtsgeschäften zu (§ 19 Abs. 2 Satz 1 des Gesetzes). Der Verfassungsgerichtshof erachtete die Bestimmung für verfassungswidrig, da es dem Ordnungsgeber völlig überlassen werde, ob und wann er die vom Gesetz vorgesehene Gebührenbefreiung wirksam werden lasse. Ein Gesetz, das dem Ordnungsgeber eine derart unbestimmte Vollmacht gebe, verstosse gegen den verfassungsrechtlich garantierten Grundsatz der gesetzmässigen Verwaltung. Die Beschwerdeführer sahen die Verfassungswidrigkeit nur in den Wörtern "unter den durch Verordnung festzusetzenden Voraussetzungen". Der Verfassungsgerichtshof hob aber den ganzen Satz der Bestimmung auf, und zwar aus folgenden Gründen: "Der Gesetzgeber sah eine an Voraussetzungen gebundene Gebührenbefreiung vor. Würden bloss die genannten Worte als verfassungswidrig aufgehoben, so enthielte der verbleibende Gesetzestext eine nicht an Voraussetzungen gebundene Gebührenbefreiung. Damit würde die Befreiungsbestimmung völlig verändert. Zu einer Aufhebung von Gesetzesstellen

mit der Wirkung einer derartigen Gesetzesänderung ist der Verfassungsgerichtshof nicht befugt. Die am Prüfungsverfahren beteiligten Beschwerdeführer wiesen zwar mit Recht darauf hin, dass auch die Aufhebung des ganzen ersten Satzes eine Gesetzesänderung bewirke, weil damit die Befreiungsbestimmung überhaupt beseitigt würde. Dies trifft zu, liegt aber darin begründet, dass das Gesetzesprüfungsverfahren nach Art. 140 B-VG bei festgestellter Verfassungswidrigkeit zur Aufhebung eines Gesetzes oder bestimmter Teile eines solchen führen muss. Würde nun eine gesetzliche Gebührenbefreiung durch Aufhebung einiger Worte des Gesetzestextes in ihrem rechtlichen Gehalt verändert, so hat der Verfassungsgerichtshof nur die Möglichkeit, die ganze Bestimmung zu beseitigen (vgl. Erk.Slg. 4471/1963, 5653/1968). Es ist dann Sache des Gesetzgebers, die Konsequenzen aus der durch das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes geschaffenen Rechtslage zu ziehen"⁵⁴. Anhand dieses Falles wird auch deutlich, dass es auch einen Nachteil bedeuten kann, dass die österreichische Regelung im Gegensatz zur deutschen keine Appellentscheidung und keine Verfassungswidrigerklärung ohne Aufhebung einer Norm zulässt. Auch wenn die Aufhebung einer Norm bewirkt, dass andere Gesetzesstellen verfassungswidrig werden, so muss die Norm gleichwohl aufgehoben werden. Dem kann nach der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes nur in einem anderen Verfahren, nicht aber im laufenden Gesetzesprüfungsverfahren entgegengetreten werden⁵⁵.

Die Prüfungsbefugnis des Verfassungsgerichtshofes ist ausser bei der Verfassungsbeschwerde wegen Verletzung verfassungsgesetzlich gewährleisteter Rechte des einzelnen auf die vom Antragsteller geltend gemachten Gründe der Verfassungswidrigkeit beschränkt⁵⁶. Der Verfassungsgerichtshof kann eine Verordnung oder ein Gesetz nur insoweit aufheben, als die Aufhebung beantragt wird. Allerdings kann er eine formell verfassungswidrige Verordnung auch ganz aufheben, wenn sie der gesetzlichen Grundlage entbehrt, von einer unzuständigen Behörde erlassen oder in gesetzwidriger Weise kundgemacht worden ist (Art. 139 Abs. 3 B-VG)⁵⁷. Er kann auch ein Gesetz zur Gänze aufheben, wenn dieses von einem unzuständigen Gesetzgebungsorgan erlassen oder in verfassungswidriger Weise kundgemacht wurde (Art. 140 Abs. 3 B-VG). Überdies kann er ein Verfahren über die Prüfung eines verfassungswidrigen Gesetzes fortsetzen, auch wenn die Partei inzwischen klaglos gestellt worden ist (Art. 140 Abs. 2 B-VG).

54 S. 233 f.

55 Erk.Slg. 6410/1971.

56 Vgl. vorn S. 37 f.

57 Erk.Slg. 7949/1976; 7937/1976.

B. Zur Fristsetzung nach den Art. 139 Abs. 5 und 140 Abs. 5 B-VG

Die österreichische Verfassungsgerichtsbarkeit hat von den drei Ländern die wirksamste und konsequenteste Lösung zur Vermeidung gesetzesleeren Raumes geschaffen. Der Verfassungsgerichtshof kann das Inkrafttreten der Aufhebung verfassungswidriger Vorschriften bei Gesetzen bis zu einem Jahr und bei Verordnungen bis zu sechs Monaten (und wenn gesetzliche Vorkehrungen erforderlich sind, sogar ebenfalls bis zu einem Jahr) hinausschieben. Die Fristsetzung ist an die Kundmachung der Aufhebung und nicht an die Bekanntgabe der Entscheidung an die Parteien gebunden.

In der Regel setzt der Verfassungsgerichtshof dem Gesetzgeber oder der Behörde eine absolute Frist. Diese beginnt mit dem Kundmachungstag und endet für Gesetze spätestens am Ende des elften und für Verordnungen spätestens am Ende des fünften dem Entscheidungsmonat folgenden Monats⁵⁸.

Der Sinn der Fristsetzung liegt in der Kontinuität der Rechtsordnung, der Vermeidung rechtsleeren Raumes, denn mit dem Hinausschieben der Aufhebung soll dem Gesetzgeber eine rechtmässige Reform ermöglicht werden⁵⁹.

Der Verfassungsgerichtshof will aber mit der Fristsetzung auch die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers wahren. In Erk.Slg. 8004/1977 hob er eine Bestimmung des Bundesgesetzes über die Pensionsversicherung teilweise auf. Die verfassungswidrige Bestimmung bewirkte, dass die Pension der Witwe des vor Inanspruchnahme einer Alterspension verstorbenen aktiven Versicherten ohne Berücksichtigung der diesem gebührenden Erhöhung bemessen wurde, während die Pension der Witwe des Pensionierten von der erhöhten Alterspension berechnet wurde. Der Verfassungsgerichtshof sah keinen sachlichen Grund darin, der es vor dem Gleichheitsgebot rechtfertigen würde, die Höhe der Witwenpension davon abhängig zu machen, ob ein Versicherter, der die Geltendmachung des Pensionsanspruchs unter dem Anreiz einer Pensionserhöhung aufgeschoben hatte, vor oder nach Inanspruchnahme der erhöhten Alterspension gestorben war. Obwohl der verfassungsmässige Zustand durch die Aufhebung der den Vorteil regelnden Wörter wiederhergestellt und die Norm in ihrer verbleibenden Fassung anwendbar gewesen wäre, setzte der Verfassungsgerichtshof für das Ausserkrafttreten der Aufhebung eine Frist von einem Jahr. Zur Begründung führte er aus, er könne zwar nicht finden, dass die Aufhebung im gegebenen Umfang eine vorsorgende gesetzgeberische Massnahme nötig mache, doch solle der Gesetzgeber die Möglichkeit haben, noch vor der Änderung der Rechtslage dem Gebot der Rechtsgleichheit noch auf andere Weise zu entsprechen⁶⁰.

58 H. Haller 176 f.; für Gesetze z.B. Erk.Slg. 7758/1976, für Verordnungen z.B. Erk.Slg. 7949/1976.

59 H. Haller 175.

60 Es wäre dies ein typischer Fall, bei dem sich das deutsche Bundesverfassungsgericht mit der Verfassungswidrigerklärung (Unvereinbarerklärung) beholfen hätte.

Die Frist für das Inkrafttreten der Aufhebung einer Norm sollte so bemessen werden, dass der Gesetzgeber in der Zwischenzeit die rechtlichen und politischen Schwierigkeiten des Gesetzgebungsverfahrens bewältigen kann. Faktisch gesehen wird jedoch die Frist oft dadurch verkürzt, dass dem gesetzgebenden Organ die Aufhebungsgründe erst mit der Zustellung des begründeten Entscheides zu-gehen⁶¹.

Wenn der Verfassungsgerichtshof für das Inkrafttreten der Aufhebung einer Vorschrift eine Frist setzt, so gilt die aufgehobene Norm in der Regel für Rechtsfälle, deren Sachverhalt sich bis zu diesem Zeitpunkt konkretisiert hat, weiter. Ausnahme bilden jedoch die sogenannten "Anlassfälle". Diese sind so zu beurteilen, als ob das Gesetz im Zeitpunkt der Konkretisierung des Sachverhaltes bereits aufgehoben gewesen wäre⁶². Denn eine Beschwerde wäre sinnlos, wenn die Gründe der Verfassungswidrigkeit wohl gutgeheissen, die Beschwerde wegen der nur für die Zukunft geltenden Wirkung des Entscheides jedoch abgewiesen werden müssten⁶³. In unzähligen Erkenntnissen hat der Verfassungsgerichtshof betont, dass die Aufhebung nur auf den Anlassfall zurückwirke⁶⁴. Seit der Verfassungsnovelle von 1975 ist der Grundsatz der Rückwirkung auf den Anlassfall nunmehr ausdrücklich in den Art. 139 Abs. 5 und 140 Abs. 7 B-VG statuiert. Neu ist jedoch seit der Novelle, dass der Verfassungsgerichtshof ermächtigt ist, die Wirkung der Aufhebung auch über den Anlassfall hinaus auf Parallelfälle auszudehnen. Diese Wirkung muss er jedoch im Erkenntnis ausdrücklich aussprechen, sie ist die Ausnahme⁶⁵. Eine Ausdehnung auf Parallelfälle rechtfertigte sich beispielsweise in Erk.Slg. 8027/1977. Nach der im Zivildienstgesetz in § 2 Abs. 1 enthaltenen Verfassungsbestimmung sind Wehrpflichtige im Sinne des Wehrgesetzes auf ihren Antrag von der Wehrpflicht zu befreien, wenn sie es – von den Fällen der persönlichen Notwehr oder Nothilfe abgesehen – aus schwerwiegenden, glaubhaften Gewissensgründen ablehnen, Waffengewalt gegen andere Menschen anzuwenden und daher bei der Leistung des Wehrdienstes in schwere Gewissensnot geraten würden. Sie sind zivildienstpflichtig. Mit der Wehrgesetznovelle von 1971 wurde der Grundwehrdienst eingeführt. Die vom Verfassungsgerichtshof zu prüfende Regelung war der in den Übergangs- und Schlussbestimmungen des Zivildienstgesetzes enthaltene § 74 Abs. 1, wonach Wehrpflichtige, die in der Zeit zwischen dem 1. August 1971 und dem Inkrafttreten dieses Bundesgesetzes zur Leistung des Grundwehrdienstes einberufen worden sind, nach Entlassung aus dem Grundwehrdienst bis zum 31. Dezember 1975 einen Antrag auf Befreiung von der Wehrpflicht stellen können. Der Verfassungsgerichtshof hielt die Bestimmung für verfassungswidrig, da die in § 2 Abs. 1 des Zivildienst-

61 H. Haller 177 f.

62 Erk.Slg. 5414/1966.

63 Wie Anm. 62 hievor.

64 Erk.Slg. 5700/1968; 5701/1968; 5999/1969; 6793/1972 (jeweils mit weiteren Verweisen).

65 Im Verfassungsausschuss wurde für den Entwurf auch die Umkehrung der Regel in Betracht gezogen. Die generelle Ausdehnung der Entscheidung auf Parallelfälle wäre jedoch eine allzu grosse Abweichung von der bisherigen Praxis gewesen (siehe F. Ermacora, Verfassungsänderungen 1975, JBl 1976, 79 ff. (81)).

gesetzes als Verfassungsbestimmung erlassene Vorschrift den in Betracht kommenden Personenkreis als "Wehrpflichtige im Sinne des Wehrgesetzes" schlechthin umschreibe und es somit keinen Anhaltspunkt dafür gebe, Wehrpflichtige von einer Befreiung von der Wehrpflicht deshalb auszunehmen, weil ihre Einberufung zum Grundwehrdienst vor einem bestimmten Zeitpunkt (vor dem 1. August 1971) erfolgt sei. Der Verfassungsgerichtshof hob daher die in § 74 Abs. 1 des Zivildienstgesetzes enthaltenen Wörter "dem 1. August 1971" als verfassungswidrig auf und bestimmte gleichzeitig, dass die aufgehobene Gesetzesbestimmung auch auf die vor der Aufhebung verwirklichten Tatbestände nicht anzuwenden sei⁶⁶.

Bis zur Verfassungsnovelle von 1975 hat der Verfassungsgerichtshof keine Möglichkeit gehabt, die Rückwirkung der Aufhebung eines Gesetzes über den Anlassfall hinaus anzuordnen⁶⁷. Falls der Verfassungsgerichtshof nichts anderes bestimmt, sind die für verfassungswidrig erklärten Bestimmungen in der Zwischenzeit unanwendbar und können auch nicht mit dem Vorwurf der Verletzung der Rechtsgleichheit angefochten werden. Die Gesetzesbestimmung ist selbst dann noch auf Tatbestände, welche sich unter der Geltung der verfassungswidrigen Bestimmung verwirklicht haben, anwendbar, wenn die Frist bereits verstrichen und die Vorschrift aufgehoben worden ist⁶⁸. Gerichte und Verwaltungsbehörden sind nicht nur berechtigt, sondern verpflichtet, das betreffende vom Verfassungsgerichtshof als verfassungswidrig erkannte Gesetz auf einen Sachverhalt anzuwenden, der vor dem Wirksamkeitsbeginn der Aufhebung konkretisiert worden ist. Dies gilt gleichermaßen, wenn der Verfassungsgerichtshof für das Wirksamwerden der Aufhebung eine Frist bestimmt hat⁶⁹.

Der Begriff des Anlassfalles wird eng ausgelegt. Selbst wenn gegen den gleichen Beschwerdeführer aufgrund des von ihm angefochtenen Gesetzes mehrere Hoheitsakte ergangen sind, er jedoch nur einen angefochten hat, gelten die übrigen Hoheitsakte nicht als Anlassfall und können nicht aufgehoben werden⁷⁰.

Auch wenn in der Frist zwischen Kundmachung und Aufhebung eine Verordnung gestützt auf das verfassungswidrige Gesetz erlassen wird, gilt die Verordnung in dieser Zeit nicht als verfassungswidrig, es sei denn, sie verstosse gegen das verfassungswidrige Gesetz selbst⁷¹.

Der österreichische Verfassungsgesetzgeber hat damit ein lückenloses Rechtsanwendungssystem geschaffen, das wohl nicht immer der Einzelfallgerechtigkeit und der Rechtsgleichheit, jedoch der Rechtssicherheit dient.

66 Vgl. auch Erk.Slg. 8029/1977; 8014/1977.

67 Mit Erkenntnis vom 30. Juni 1966 wurde ein Gesetz auf den 31. Dezember 1966 aufgehoben, wobei der Beschwerdeführer Beschwerde erhoben hatte, weil die Bestimmung in der Zwischenzeit auf ihn angewendet worden war, und zwar in anderen Fällen; vgl. hiezu die Kritik von E. Ledl, Über die Wirkung der Aufhebung von Verordnungen durch den Verfassungsgerichtshof, OJZ 1951, 501 ff. (insbesondere 504).

68 Erk.Slg. 6242/1970.

69 Erk.Slg. 5940/1969.

70 Erk.Slg. 5466/1967.

71 Erk.Slg. 5243/1966; vgl. auch Erk.Slg. 7263/1974.

C. Wiederaufleben früheren Rechts,
das durch die verfassungswidrige Vorschrift ausser Kraft gesetzt wurde

Die österreichische Lehre sieht die legislative Funktion verfassungsgerichtlicher Entscheidungen neben der Fristsetzung insbesondere darin, dass der österreichische Verfassungsrichter bestimmen kann, ob und welche gesetzlichen Bestimmungen wieder in Kraft treten (Art. 140 Abs. 6 B-VG). Dabei handelt es sich nicht um ein echtes Aufleben der früheren Gesetzesbestimmung, sondern um eine rechtliche Konstruktion des Gesetzgebers aus Zweckmässigkeitserwägungen. Dadurch, dass ein späteres Gesetz einem früheren derogiert, wird das frühere aufgehoben und nicht suspendiert, weil in einer Rechtsordnung nicht gleichzeitig zwei sich widersprechende Rechtsnormen gelten können⁷². Nach der reinen Rechtslehre hat das verfassungswidrige Gesetz dem alten nur scheinbar derogiert; es konnte nämlich gar keine echten Derogationswirkungen entfalten, weil es nie den Anforderungen der Verfassung entsprach⁷³. Die dem Verfassungsgerichtshof in Art. 140 Abs. 6 B-VG eingeräumte Befugnis erscheint als eine gesetzgebungsähnliche Funktion des Verfassungsgerichtshofes. Sie wird dadurch scheinbar abgeschwächt, dass de lege bestimmt ist, dass Gesetze, denen das verfassungswidrige Gesetz derogiert hat, wieder in Kraft treten und der Verfassungsgerichtshof im übrigen ausdrücklich etwas anderes bestimmen muss⁷⁴.

Die Bestimmung in Art. 140 Abs. 6 B-VG soll die Rechtskontinuität sichern und die Ansetzung einer Frist für das Ausserkrafttreten der verfassungswidrigen Norm vermeiden. Nicht immer trägt aber das Wiederaufleben alter Bestimmungen zu einer rechtskontinuierlichen Entwicklung bei. Voraussetzung der Entscheidung des Verfassungsgerichtshofes, ob ältere Bestimmungen wieder in Kraft treten, ist die Kenntnis, welche Bestimmungen überhaupt hierfür in Frage kommen⁷⁵. Jedoch kann sich auch beim Aufleben einer bestimmten an und für sich geeigneten Vorschrift eine unbefriedigende Rechtslage ergeben, weil die alte Bestimmung ja meist mit guten Gründen durch eine neue ersetzt wurde. Auch wird nach längerer Zeit die Anwendungspraxis der wieder in Kraft gesetzten Vorschrift fremd sein, abgesehen davon, dass der Inhalt der Norm unbekannt ist.

Die gesetzliche Möglichkeit, frühere Normen wieder aufleben zu lassen, hat denn auch keine grosse praktische Bedeutung erlangt. Alte gesetzliche Bestimmungen fügen sich kaum in neue Gesetze ein, meist handelt es sich ja auch um eine Teilaufhebung durch den Verfassungsgerichtshof; gerade bei gleichheitswidrigen Erlassen ist z.B. eine Einfügung alten Rechts kaum denkbar. Hiefür ist die Fristsetzung für den Gesetzgeber die ideale Lösung⁷⁶.

72 Siehe hiezu J. Schima jun., Der Derogationsbegriff und seine Bedeutung für die verfassungsgerichtliche Normenkontrolle, ÖJZ 1961, 533 ff.

73 Kafka 66.

74 Vgl. auch H. Haller 176.

75 Wie Anm. 74 hievor.

76 H. Haller 177.

D. Abschliessende Bemerkungen zum österreichischen Konzept

Das B-VG und das VfGG wurden hinsichtlich des verfassungsgerichtlichen Normenkontrollverfahrens wiederholt geändert, worunter die systematischen Zusammenhänge etwas leiden. Die Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit eines Erlasses sind jedoch gleichwohl klar und annehmbar geregelt. Der österreichische Verfassungsgerichtshof kann unter Wahrung richterlicher Zurückhaltung in angemessener Zeit verfassungswidriges Recht beseitigen und den Erlass einer verfassungsmässigen Regelung beschleunigen. Das österreichische Konzept vermeidet rechtsleeren Raum. Durch das Hinausschieben der Aufhebung einer Norm kann der Verfassungsrichter zudem die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers wahren. Die Fristbestimmung ist in gewissem Sinne auch ein Ersatz für die deutsche Verfassungswidrigkeitserklärung (Unvereinbarerklärung) und die Appellentscheidung, welche beiden Institute Österreich nicht kennt. Durch das Ansetzen von Fristen für das Ausserkrafttreten entsteht allerdings ein Nachteil hinsichtlich des Verfassungsschutzes. Indem verfassungswidrige Erlasse noch bis zu einem Jahr nach dem verfassungsgerichtlichen Urteil anwendbares Recht bleiben können, wird die Geltungskraft der Verfassung geschwächt und eine unbefriedigende Rechtsgrundlage, deren Verfassungswidrigkeit bekannt ist, aufrechterhalten. Besonders stossend kann denn auch die Rechtslage für Parallelfälle werden. Diese unbefriedigende Rechtslage ist daher durch die Verfassungsnovelle von 1975 dahingehend geändert worden, dass das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes auch auf Parallelfälle ausgedehnt werden kann. In der Regel besteht aber nach dem Anlassfall keine Aussicht mehr auf erfolgreiche Anfechtung wegen Verfassungswidrigkeit der Rechtsgrundlage, selbst wenn ein Hoheitsakt in einem Parallellfall noch nicht rechtskräftig ist. Die materielle Gerechtigkeit im Einzelfall und die Rechtsgleichheit gehen denn auch der Rechtssicherheit nach. Überdies ist eine Rückwirkung der Entscheidung ausser für den Anlassfall in der Regel nicht vorgesehen.

Die österreichische Lösung hat aber den Vorteil, dass sich der Übergang zur neuen Rechtsgrundlage in geordneten Verhältnissen vollzieht; insbesondere wird die Entstehung gesetzesleeren Raumes vermieden. Der Verfassungsgerichtshof lässt dem Gesetzgeber bei der Neuregelung freie Hand; er räumt ihm auch genügend Zeit zum Tätigwerden ein und überlässt es dem Gesetzgeber selbst, welche Folgerungen er aus dem Urteil ziehen will⁷⁷. Der Verfassungsgerichtshof sieht es nicht als seine Aufgabe an, Wünsche über den Inhalt gesetzlicher Regelungen auszusprechen. Die Entscheidungen des deutschen Bundesverfassungsgerichtes sind beispielsweise viel umfangreicher und mehr schulmeisterhaft, verglichen mit den konkreten und schlichten Urteilen des österreichischen Verfassungsgerichtshofes⁷⁸.

Die Stärke des österreichischen Systems liegt in der Konsequenz bei der Gewährleistung der Rechtssicherheit sowie in der Unkompliziertheit und Zurückhaltung der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung.

⁷⁷ Erk., publ. in ÖJZ 1977, 250.

⁷⁸ Spanner (Aufgaben und Stil) 162 f.

III. Feststellung der Verfassungswidrigkeit von Erlassen in der Schweiz

A. Zum unterschiedlichen Wesen abstrakter und konkreter Normenkontrolle. Auswirkungen auf die Rechtswirkungen der Entscheidung

Abstrakte und konkrete Normenkontrolle haben hinsichtlich des rechtlichen Schicksals der für verfassungswidrig befundenen Norm verschiedene Rechtswirkungen.

In der Bundesrepublik Deutschland und in Österreich ist das konkrete Normenkontrollverfahren dem abstrakten angeglichen; die Normenkontrolle wird praktisch zu einer abstrakten, wenn anlässlich eines konkreten Hoheitsaktes eine generelle Norm angefochten und überprüft wird. Diese kann in der Regel umfassend geprüft und bei Verfassungswidrigkeit aufgehoben werden; allerdings prüft auch der österreichische Verfassungsgerichtshof eine Rechtsvorschrift bei Verdacht auf materielle Verfassungswidrigkeit nur auf die geltend gemachten Gründe.

Das schweizerische Bundesgericht prüft anlässlich der konkreten Normenkontrolle nicht in genereller Weise, welche verfassungsrechtlichen Schranken gegenüber einer Regelung, die Grundlage eines individuell-konkreten Hoheitsaktes bildet, in Betracht fallen können. Im Rahmen der konkreten Normenkontrolle prüft es einzig, ob die betreffende Vorschrift, so wie sie im zu beurteilenden Einzelfall von der kantonalen Behörde ausgelegt und angewendet wurde, vor dem geltend gemachten Grundrecht standhält⁷⁹. Vorerst entscheidet es, ob der angefochtene Einzelakt gemessen an der Vorschrift des einfachen Rechts als solcher haltbar ist; erst dann stellt sich die Gegenstand der konkreten Normenkontrolle bildende Frage, ob die damit im Einzelfall zur Anwendung gebrachte Norm ihrerseits mit dem geltend gemachten Grundrecht vereinbar ist⁸⁰.

79 BGE 102 Ia 328; vgl. auch A. Kölz, Zur Auslegung einfachen Rechts durch den schweizerischen Verfassungsrichter, ZSR NF 95 (1976), 29 ff.

80 So prüfte das Bundesgericht im Falle BGE 100 Ia 180 ff. auf Beschwerde eines Beschwerdeführers hin, der sich im Zusammenhang mit einem Strafverfahren in Untersuchungshaft befunden hatte und dessen Gesuch um Bewilligung eines Officialverteidigers abgewiesen worden war, ob der ablehnende Entscheid durch die kantonale Gesetzesbestimmung gedeckt war. Diese lautete wie folgt: "Ist ein Angeschuldigter unvernünftig, so wird ihm auf sein Begehren von Amtes wegen ein Advokat als Verteidiger beigegeben, sofern es aus besonderen Gründen, insbesondere wegen verwickelter Sach- oder Rechtslage, wegen grosser Tragweite einer Verurteilung oder wegen des geistigen und körperlichen Zustandes des Angeschuldigten als angemessen erscheint" (§ 10 Abs. 3 lit. c der Strafprozessordnung des Kantons Basel-Stadt). Das Bundesgericht sah in der Dauer der Untersuchungshaft keinen zwingenden Grund für die Beigabe eines amtlichen Verteidigers und erachtete die Auffassung der Vorinstanz, wonach nach der gesamten Sach- und Rechtslage das Gesuch um Beigabe eines Officialverteidigers abgelehnt werden dürfe, als "zumindest nicht willkürlich". Alsdann prüfte es die indirekt angefochtene Bestimmung auf ihre Übereinstimmung mit Art. 4 BV (jedoch stets im Hinblick auf den konkreten Fall, nämlich bei einem Begehren von einem Gesuchsteller, der sich in Untersuchungshaft befindet) und kam zum Schluss, es bestehe kein Grund, eine gesetzliche Regelung, welche auch bei länger dauernder Haft die Beigabe eines Officialverteidigers vom konkreten Schutzbedürfnis abhängig mache, für verfassungswidrig zu erklären. Vgl. auch BGE 102 Ia 321 ff.; 98 I 59.

Die Art und Weise der bundesgerichtlichen Prüfung zeigt auch, weshalb dann das Bundesgericht jeweils nur den individuell-konkreten Hoheitsakt und nicht die verfassungswidrige Norm selbst aufhebt; überdies würde sonst die Aufhebung einer Norm von den zufällig vom Beschwerdeführer geltend gemachten Beschwerdegründen abhängen.

Bei der Prüfung der Verfassungsmässigkeit von Gesetzesvorschriften im Rahmen der abstrakten Normenkontrolle ist eine Aufhebung der Norm hingegen möglich. Allerdings ist das Bundesgericht auch in diesem Verfahren sehr zurückhaltend. Massgebend für die Aufhebung ist, ob der betreffenden Norm nach anerkannten Auslegungsregeln ein Sinn zugemessen werden kann, der sie mit dem angerufenen Grundrecht vereinbar erscheinen lässt. Das Bundesgericht hebt die angefochtene kantonale Vorschrift nur auf, wenn sie sich jeder verfassungskonformen Auslegung entzieht⁸¹. Ausserdem besteht nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kein Grund zur Aufhebung, wenn nur die Möglichkeit besteht, dass sich die Norm in besonders gelagerten Einzelfällen als verfassungswidrig erweisen könnte⁸², vor allem dann nicht, wenn der Betroffene später die Norm mit dem Antrag auf konkrete Normenkontrolle anfechten kann⁸³. Diese Praxis des Bundesgerichtes ist insofern gerechtfertigt, als ja auch die Norm selbst nicht umfassend auf ihre Verfassungsmässigkeit geprüft wird, sondern nur auf die in der Beschwerde geltend gemachten Gründe. Mit der abweisenden Entscheidung bestätigt das Bundesgericht den angefochtenen Hoheitsakt nicht. Das folgt schon aus der kassatorischen Natur des Beschwerdeentscheides und aus der beschränkten Kognitionsbefugnis des Gerichtes. Abweisende Entscheidungen haben in der Regel reinen Feststellungscharakter⁸⁴.

Bei der abstrakten Normenkontrolle können die Auswirkungen einer Gesetzesvorschrift oft noch nicht abgeschätzt werden, denn die Kontrolle vollzieht sich auf Anfechtung der Norm hin innert dreissig Tagen seit ihrer Veröffentlichung. Wenn die 30tägige Frist verstrichen ist, kann die verfassungswidrige Norm vom Bundesgericht überhaupt nicht mehr aufgehoben werden. Der grösste Teil der verfassungsgerichtlichen Normenkontrolle in der Schweiz ist daher konkret. Aus der Tatsache, dass die Verfassungswidrigkeit einer Norm oft erst viel später erkannt wird, die Norm jedoch vom Gericht nicht mehr aufgehoben werden kann, ergeben sich denn auch die grössten Probleme. Mit der Beschränkung der Anfechtungsfrist auf dreissig Tage seit der Veröffentlichung der Vorschrift hat der Gesetzgeber der Rechtssicherheit vor dem Legalitätsprinzip den Vorzug gegeben. Damit sind denn auch die

81 BGE 104 Ia 99 f.; 102 Ia 109 E 1b; 100 Ia 105; 99 Ia 274.

82 In BGE 102 Ia 279 ff. hat das Bundesgericht allerdings entgegen seiner sonstigen Praxis eine Bestimmung aufgehoben, weil sie "nicht als sachgerechte gesetzgeberische Lösung bezeichnet werden (kann), welche selber die mögliche und gebotene Gewährung für eine verfassungsmässige Rechtsanwendung bildet" (S. 287).

83 BGE 102 Ia 109; 99 Ia 638 ff.

84 Zur Unterscheidung in Feststellungs-, Gestaltungs- und Leistungsurteile siehe vorn S. 25 f.; zur Natur abweisender Entscheidungen vgl. auch Habscheid (zit. in Anm. 16 § 2), S. 270.

Probleme der rückwirkenden Aufhebung verfassungswidriger Normen in der Schweiz viel kleiner als in der Bundesrepublik Deutschland.

B. Zur kassatorischen Natur bundesgerichtlicher Entscheidungen

Die staatsrechtliche Beschwerde ist eine Anfechtungsklage. Sie hat die Kassation des angefochtenen Hoheitsaktes zum Ziel. Bei direkter Anfechtung genereller Normen wird daher die verfassungswidrige Norm selbst kassiert, bei indirekter Anfechtung nur der auf der verfassungswidrigen Norm beruhende Hoheitsakt. Bei der konkreten Normenkontrolle hat das bundesgerichtliche Urteil somit in rechtlicher (nicht aber in faktischer!) Hinsicht die gleiche Wirkung wie in allen anderen staatsrechtlichen Beschwerdeverfahren, die nicht Normenkontrolle beinhalten. Konkrete Normenkontrollentscheidungen haben daher bezüglich der Normenkontrolle selbst nur feststellenden Charakter. Nur soweit sie den individuell-konkreten Hoheitsakt aufheben, ist die Wirkung konstitutiv⁸⁵.

Das OG sagt nichts aus über die Natur des Beschwerdeentscheides. Das Bundesgericht wird jedoch nicht müde, zu betonen, dass seinen Entscheidungen im staatsrechtlichen Beschwerdeverfahren nur kassatorische Wirkung zukommt⁸⁶. Der Grundsatz der kassatorischen Wirkung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen ergibt sich aus Wesen und Zweck der Verfassungsgerichtsbarkeit als Rechtskontrolle verfassungsmässiger Akte. Eine grundsätzlich reformatorische Wirkung würde dem Gedanken der Verfassungsgerichtsbarkeit zuwiderlaufen⁸⁷. Das Bundesgericht tritt daher auf ein Beschwerdebegehren nur ein, soweit damit die Aufhebung eines Hoheitsaktes verlangt wird⁸⁸. Ein darüber hinausgehender Antrag ist unzulässig. So trat das Bundesgericht bei einer Stimmrechtsbeschwerde, die sich gegen die Ungültigkeitserklärung einer Gemeindeinitiative richtete, auf den Antrag der Beschwerdeführer, womit diese verlangten, die Initiative sei den Stimmberechtigten zu unterbreiten, nicht ein⁸⁹.

Durch die Kassation des angefochtenen Hoheitsaktes ist der Verfassungsstreit in vielen Fällen beendet⁹⁰, so jedenfalls bei der Kassation genereller Normen sowie bei belastenden Verwaltungsakten⁹¹.

85 Sie verändern die Rechtslage in bezug auf die generelle Norm nicht, diese bleibt bestehen. Deren Verfassungswidrigkeit wird lediglich festgestellt. Rechtsgestaltend wirkt das Urteil nur auf den konkreten Fall, vgl. vorn S. 25 ff.

86 BGE 99 Ia 126 E 1, 430 E 2; 98 Ia 348 E 1; 97 I 221 E 1b; 96 I 2 E 1 und Weiterverweise; vgl. auch Giacometti 241, 245; Marti 163 f.; Schuler 229 f.

87 Giacometti 247.

88 BGE 93 I 323; 91 I 11.

89 BGE 100 Ia 231 ff.; vgl. auch BGE 99 Ia 430 ff. (Die Beschwerde richtete sich gegen die Verweigerung der Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes. Sie hatte zwar grundsätzlich Erfolg, jedoch erachtete das Bundesgericht den Antrag des Beschwerdeführers auf Rückweisung des Prozesses an die Vorinstanz als unzulässig.)

90 Siehe z.B. BGE 87 I 441 E 2.

91 Vgl. Giacometti 244.

Das Bundesgericht kassiert nicht alle im selben Rechtsstreit ergangenen Hoheitsakte, sondern nur den zuletzt erlassenen Akt, der die anderen ersetzt⁹². Bei der Aufhebung von Gerichtsentscheiden stellt es die prozessuale Lage, die vor Erlass des verfassungswidrigen Hoheitsaktes bestanden hat, wieder her⁹³. Es hält dabei das richtige Resultat nicht unmittelbar fest, sondern lädt die kantonale Instanz ein, aus dem Urteil die zutreffenden Folgerungen zu ziehen⁹⁴ und seinen Erwägungen Rechnung zu tragen⁹⁵. Die verbesserte Entscheidung erfolgt durch diejenige Instanz, von der die angefochtene Entscheidung ausgegangen ist⁹⁶. Bei der Aufhebung genereller Erlasse ist das rechtsetzende Organ, welches die Vorschrift erlassen hat, zuständig, da das Bundesgericht nicht Gesetzgeber sein will und kann.

Die kantonale Instanz ist an die Rechtsanschauung des Bundesgerichts gebunden⁹⁷, sie kann jedoch ihren Entscheid aufgrund neuer oder anderer als dem angefochtenen Entscheid zugrundeliegender Tatsachen und Rechtsgründe fällen⁹⁸.

Gutheissende bundesgerichtliche Urteile können Feststellungs-, Gestaltungs- oder Leistungsurteile sein.

Das Bundesgericht weicht im staatsrechtlichen Beschwerdeverfahren vom Grundsatz der kassatorischen Natur seiner Entscheidung ab, "wenn die verfassungsmässige Lage nicht schon mit der Aufhebung des kantonalen Entscheides hergestellt würde, sondern dazu eine positive Anordnung des Bundesgerichtes notwendig wäre"⁹⁹.

92 BGE 98 Ia 457; 95 I 123 E 5, 206 E 1, 336 E 5; 91 I 411, 480 E 1; 90 I 349; 84 I 113 E 3; 82 I 111 E 6; so ist es auch in Österreich, nicht aber in der Bundesrepublik Deutschland.

Ausnahmen siehe z.B. BGE 104 Ia 201; 103 Ia 152; 102 Ia 554; 100 Ia 119.

93 BGE 99 Ia 513 E 1.

94 BGE 99 Ia 613; 95 I 208.

95 BGE 99 Ia 364 E 1; 96 I 355; 97 I 36; 96 I 560; 95 I 117, 431; 94 I 318; 93 I 236 (das Bundesgericht schreibt im Dispositiv die Berechnung des steuerbaren Reinertrages genau vor), 415, 542; 92 I 198, 264 (die Kantone werden im Dispositiv angewiesen, ihre Steueranordnung zu ändern).

96 Guldener 487.

97 Siehe vorn S. 61; Grundlage dazu bildet Art. 66 OG, welcher zwar die Bindung ausdrücklich nur für das Berufungsverfahren vorsieht, jedoch für alle Verfahren kassatorischer Natur vor Bundesgericht gilt, wenn der Rechtsstreit zur Neuurteilung wieder an eine untere Instanz gelangt; vgl. insbesondere auch BGE 100 Ia 30 E 2 sowie Guldener 487, 526.

98 Vgl. auch Guldener 552.

99 BGE 97 I 221 E 1b (226). Die staatsrechtliche Beschwerde, die sich gegen den Entzug oder die Einschränkung der Verweigerung einer Polizeierlaubnis wendet, ist nicht bloss kassatorischer Natur (Baubewilligungen, Gewerbebewilligungen oder Demonstrationsbewilligungen). Das Bundesgericht kann eine kantonale Behörde anweisen, die zu Unrecht verweigerte Polizeierlaubnis zu erteilen; es erteilt die Bewilligung nicht selbst. Der Beschwerdeführer kann in der Beschwerde verlangen, dass das Bundesgericht die kantonale Behörde einlädt, die Polizeibewilligung zu erteilen, jedoch müssen alle notwendigen Bedingungen für die Erteilung bereits vorhanden sein (BGE 95 I 512; 94 I 193 E 2). Auch Beschwerden wegen materieller Enteignung sind nicht immer rein kassatorischer Natur. Es handelt sich vor allem darum, die Höhe der Entschädigung festzusetzen, wenn eine materielle Enteignung vorliegt (BGE 46 I 125).

Bei Beschwerden wegen Doppelbesteuerung hebt das Bundesgericht nicht nur die Steuerbefreiung auf, sondern erklärt, welche Gebietskörperschaft die Steuer erheben darf (siehe die in Anm. 86 hievorige Entscheidung). Bei bereits zu Unrecht bezahlten Steuern wird die bereicherte Behörde verpflichtet, die Steuern zurückzuzahlen.

Wenn der Verfassungsrechtsstreit erst mit der Setzung einer neuen verfassungsmässigen Anordnung beendet wird, kann das Bundesgericht der kantonalen Behörde verbindliche Anordnungen geben¹⁰⁰. Das will aber nicht heissen, dass das Bundesgericht dann reformatorisch wirkt; es handelt sich nur nicht mehr um einen rein kassatorischen Akt. Das Bundesgericht kann in solchen Fällen den verfassungswidrigen Zustand nur durch eine ergänzende Weisung beheben. Weisungen können entweder im Dispositiv oder in den Urteilsgründen (wobei es im Dispositiv dann heisst "im Sinne der Erwägungen") enthalten sein¹⁰¹.

Generell keine kassatorische Wirkung haben Entscheidungen, wenn das Bundesgericht gemäss Art. 113 Abs. 1 Ziff. 1 BV (und Art. 83 lit. a OG) über Kompetenzkonflikte zwischen Bundesbehörden einerseits und kantonalen Behörden andererseits sowie nach Art. 113 Abs. 1 Ziff. 2 BV (und Art. 83 lit. b OG) über staatsrechtliche Streitigkeiten zwischen Kantonen, wenn eine Kantonsregierung seinen Entscheid anruft, entscheidet¹⁰².

Die besondere Natur der staatsrechtlichen Streitigkeiten drückt sich im Verfahren und in den Rechtswirkungen aus. Die Ausgestaltung der Kompetenzstreitigkeiten als Klageverfahren bringt eine Annäherung an den Zivilprozess mit sich.

Bei Gerichtsstandsfragen bezeichnet das Bundesgericht im Dispositiv jeweils das zuständige Gericht (BGE 93 I 323; 91 I 11).

Bei staatsrechtlicher Beschwerde wegen Abweisung eines Rechtsöffnungsbegehrens überprüft das Bundesgericht die Verletzung von Verfassungsrecht frei. Wenn es die Beschwerde gutheisst, weist es die Sache nicht zur Neubeurteilung an die kantonale Instanz zurück, sondern erteilt bei klarer Rechtslage die Rechtsöffnung selbst. Dies ist der Fall bei Beschwerden aus Art. 61 BV (BGE 71 I 27 E 6; 57 I 437 E 6; 54 I 166), bei Beschwerden wegen Verletzung einer konkordatsmässigen Vollstreckungspflicht (BGE 51 I 447) oder bei Beschwerden aus staatsvertraglichem Vollstreckungsanspruch (BGE 72 I 96; 57 I 438; 54 I 31).

Bei Verletzung der Niederlassungsfreiheit weist das Bundesgericht den zuständigen Kanton an, dem Beschwerdeführer den Heimatschein auszuhändigen oder ihm die Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung zu erteilen (vgl. Marti 164).

Der Verfassungsstreit ist auch bei der Verletzung von Staatsverträgen mit der Kassation eines verfassungswidrigen Aktes durch das Bundesgericht oft nicht beendet. Ausnahmen von der kassatorischen Natur der Entscheidung gibt es deshalb im internationalen Auslieferungsrecht, wo das Bundesgericht die Auslieferung selber anordnen kann (BGE 97 I 372), sowie bei der Vollstreckung ausländischer Urteile (BGE 72 I 96) und bei der Rechtshilfe in Strafsachen (BGE 99 Ia 78 E 8).

Die aufgeführten Fälle stellen keine abschliessende Aufzählung der Ausnahmefälle vom Grundsatz der rein kassatorischen Wirkung der Entscheidungen dar. Es gibt gar keine abschliessende Aufzählung. Ausnahmen sind überall da gerechtfertigt, wo der Verfassungsstreit durch die bundesgerichtliche Entscheidung nicht beendet werden kann. Dabei kommt es darauf an, inwieweit es das Bundesgericht für nötig befindet, eine Rechtslage zu klären. Vgl. auch BGE 104 Ia 87 E 5.

100 BGE 91 I 409 E 1 (412); vgl. auch Giacometti 201, 245 f.

101 Vgl. BGE 98 Ia 64 E 2b.

102 Zum Begriff des Kompetenzkonflikts siehe Birchmeier 292; das Verfahren richtet sich nach den Vorschriften über das staatsrechtliche Beschwerdeverfahren; vgl. hiezu Gut (zit. in Anm. 26 § 2) sowie Aubert No. 1635 ff.

Den Staatsorganen kommen Parteirollen zu¹⁰³. Das Bundesgericht hat zu entscheiden, ob ein Konflikt vorliegt und ob eine Partei ihre Zuständigkeit überschritten hat. Es gibt verschiedene Arten von Klagen, um das Kompetenzkonfliktverfahren in Gang zu bringen. Das Urteil ist wie im Zivilprozess nicht nur kassatorischer Natur. Dies ist auch daraus zu erklären, dass das Bundesgericht als einzige Instanz entscheidet und daher den Rechtsstreit nicht an eine untere Instanz zurückweisen kann.

C. Vom Bundesgericht im abstrakten Normenkontrollverfahren für verfassungswidrig erkannte Normen

1. Zeitpunkt der Aufhebung

Das OG regelt den Zeitpunkt der Aufhebung verfassungswidriger Erlasse durch das Bundesgericht nicht. Nach herrschender Lehre wirkt die Aufhebung verfassungswidriger kantonaler Vorschriften, die dem Bundesrecht widersprechen, *ex tunc*; kantonale Erlasse, die kantonalem Recht höherer Stufe widersprechen, sind nach herrschender Lehre hingegen nur *ex nunc* nichtig¹⁰⁴. Der Wortlaut des bundesgerichtlichen Dispositivs liesse allerdings darauf schliessen, dass alle Urteile *ex nunc* wirken, heisst es doch jeweils im Dispositiv, eine Vorschrift werde aufgehoben, was nichts anderes heisst, als dass sie bisher in Kraft gestanden hat. Die Rückwirkung der Entscheidung hat keine gesetzliche Grundlage; sie wird vom Bundesgericht auch nicht ausdrücklich ausgesprochen. Die Begründung für eine rückwirkende (ursprüngliche) Nichtigkeit geht jedoch dahin, dass bundesrechtswidriges (verfassungswidriges) kantonales Recht wegen des Grundsatzes "Bundesrecht bricht kantonales Recht" von Anfang an nichtig sei, d.h. im wörtlichen Sinn durch das Bundesrecht "gebrochen" werde. Die Frage ist wohl eher akademischer Natur; manche der angefochtenen Erlasse stehen wegen der 30tägigen Anfechtungsfrist noch gar nicht in Kraft und der Beschwerde gegen einen generellen Erlass kann die aufschiebende Wirkung gewährt werden, so dass das Inkrafttreten bis zum Entscheid hinausgeschoben wird und vorläufig gestützt auf den zu prüfenden Erlass keine Anwendungsakte ergehen können. Überdies wird oft auch nicht einmal eine vollständige Bestimmung, geschweige denn ein ganzer Erlass aufgehoben, sondern nur ein Teil einer Bestimmung, so dass dann diese Bestimmung nur anfänglich

103 Bei Kompetenzkonflikten wird das Verfahren durch Klage und nicht durch Beschwerde eingeleitet, da es sich um einen Rechtsstreit handelt, der noch von keiner Instanz autoritativ entschieden worden ist; vgl. Imboden (Verfassungsgerichtsbarkeit) 519; siehe auch Birchmeier 295, der einen Widerspruch zum Parteiverfahren darin sieht, dass die Parteien objektives Recht wahrnehmen und die Abgrenzung der Zuständigkeiten zwingendes Recht ist.

104 Siehe dazu ausführlicher vorn S. 95 ff.

“teilnichtig” wäre¹⁰⁵. Daneben gibt es aber auch direkt angefochtene verfassungswidrige Erlasse, die bereits in Kraft stehen und sodann im abstrakten Normenkontrollverfahren aufgehoben werden. Diese Normen haben bis zum bundesgerichtlichen Urteil rechtliche Wirkungen entfaltet, weshalb der Entscheidung konstitutive Wirkung zukommen muss. Das Urteil wirkt aber auch konstitutiv, wenn es durch die Aufhebung noch nicht in Kraft getretener Normen deren Inkrafttreten verhindert.

Auch kann es für die Begründung der anfänglichen Nichtigkeit verfassungswidriger kantonaler Erlasse nicht auf die kurze Geltungsdauer (wegen der beschränkten Anfechtungsfrist wären dann alle aufgehobenen Bestimmungen nur kurze Zeit in Kraft gewesen) ankommen, denn davon wird ja die Natur des Rechts bei dessen Entstehung nicht beeinflusst. Auch ist im Zeitpunkt des Erlasses die Geltungsdauer nicht voraussehbar. Es ist schliesslich ebenso wahrscheinlich, dass die Verfassungswidrigkeit einer Norm erst anlässlich eines konkreten Anwendungsaktes oder überhaupt nicht entdeckt wird; dann kann die Norm aber unter Umständen während Jahren gelten. Die Natur der Norm muss aber sicherlich die gleiche sein; ob dann die Prüfung im abstrakten oder im konkreten Normenkontrollverfahren erfolgt, spielt keine Rolle. Dass eine solche Unterscheidung nicht gerechtfertigt ist, zeigt sich besonders deutlich anhand eines bundesgerichtlichen Entscheides¹⁰⁶, in dem das Bundesgericht anlässlich der konkreten Normenkontrolle ein Steuergesetz geprüft hat; es wies die Beschwerde ab, weil die von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Gründe nicht durchzuschlagen vermochten; das Bundesgericht führte jedoch aus, es könne offenbleiben, ob die Beschwerdeführerin die angeblich verfassungswidrige Begünstigung anderer Unternehmungen hätte rügen können, wenn sie den Erlass selbst – fristgemäss – angefochten hätte. Damit sagte das Bundesgericht nichts anderes, als dass der Erlass potentiell verfassungswidrig sei und im abstrakten Normenkontrollverfahren – rückwirkend – hätte aufgehoben werden können, nun jedoch auf die Beschwerdeführerin, deren Beschwerdegründe nicht stichhaltig seien, angewendet werden müsse.

Dieses Beispiel zeigt, wie unbefriedigend die bestehenden Rechtsgrundlagen der bundesgerichtlichen Verfassungsrechtsprechung sein können. Ob eine verfassungswidrige Norm aufgehoben werden kann, hängt einerseits von den geltend gemachten Beschwerdegründen und andererseits von der Einhaltung der für die Anfechtung genereller Normen kurz bemessenen Beschwerdefrist ab.

Vorne wurde deshalb festgestellt, dass allen Entscheidungen konstitutive Wirkung zukommt, denn mit der Entscheidung wird die Verfassungswidrigkeit einer Norm erst erkannt. Entscheidend ist die tatsächliche Geltung einer Norm.

Mit diesen Ausführungen soll nichts gegen eine rückwirkende Aufhebung verfassungswidriger kantonaler Erlasse durch das Bundesgericht gesagt werden. Die anfängliche Nichtigkeit müsste sogar auch für solche kantonale Erlasse, die nur einem

105 Zur Teilnichtigkeit von Gesetzen siehe Skouris.

106 BGE 102 Ia 254 (insbesondere 261).

kantonalen Gesetz oder einer kantonalen Verfassungsbestimmung (soweit dieser selbständige Bedeutung zukommt) widersprechen und nach der herkömmlichen Lehre nicht als von Anfang an nichtig gelten, da sie durch das Bundesgericht nicht "gebrochen" werden, angeordnet sein. Denn durch die kurze Anfechtungsfrist ist ja die Gefahr weitreichender und unliebsamer rückwirkender Nichtigkeitsfolgen ausgeschaltet¹⁰⁷. Nur müsste eben eine solche Rückwirkung der Aufhebung verfassungswidriger Normen im OG ausdrücklich geregelt sein.

2. Aufschiebende Wirkung der Beschwerde

anlässlich der abstrakten Normenkontrolle bei bereits in Kraft getretenen Erlassen

Wenn ein Rechtssatz innert dreissig Tagen seit seiner Veröffentlichung oder seit der Volksabstimmung angefochten wird, stellt sich die Frage nach seiner Geltung bzw. nach seinem Inkrafttreten während der Zeit des bundesgerichtlichen Prüfungsverfahrens. Keine Probleme ergeben sich, wenn das Inkrafttreten eines Erlasses erst auf eine spätere Zeit vorgesehen ist und das bundesgerichtliche Verfahren inzwischen erledigt werden kann. Bei Volksabstimmungen kann überdies mit der Publikation bis zur Klärung der Rechtslage zugewartet werden, wenn eine Vorschrift angefochten worden ist. Falls jedoch ein angefochtener Erlass bereits in Kraft getreten ist, entsteht eine Rechtsunsicherheit bezüglich seiner Anwendbarkeit.

In der Regel hat die staatsrechtliche Beschwerde keine aufschiebende Wirkung¹⁰⁸. Die Vollstreckbarkeit eines Anwendungsaktes oder die Anwendbarkeit einer Vorschrift wird nicht gehemmt. Auf Antrag einer Partei hin kann der Präsident der staatsrechtlichen Kammer der Beschwerde jedoch die aufschiebende Wirkung gewähren¹⁰⁹. Der Beschwerdeführer kann insbesondere die Sistierung der Anwendung eines angefochtenen Erlasses beantragen.

Die aufschiebende Wirkung im Beschwerdeverfahren wird zwar in der Regel auf Antrag einer Partei hin gewährt, doch ist in diesem Fall der Verfassungsrichter nicht in dem Masse wie bei der Geltendmachung bestimmter Verfassungswidrigkeitsgründe an die Parteianträge gebunden¹¹⁰. Er muss daher die aufschiebende Wirkung auch ohne entsprechenden Parteiantrag erteilen können, wenn es das öffentliche Inter-

107 Vgl. hiezu die deutsche Problematik. In Deutschland wird die Nichtigkeitserklärung oft auf lange in der Vergangenheit ergangene Erlasse zurückbezogen, wobei dann jedoch durch eine positive Gesetzesbestimmung die rückwirkenden Folgen wieder eingeschränkt werden müssen, so in § 79 BVerfGG, siehe vorn S. 104 ff.

108 Marti 146. Das gleiche gilt in Österreich nach § 85 Abs. 1 VfGG. Ausnahmen sind jedoch nach Abwägung der Interessen möglich, soweit sie nicht zwingenden öffentlichen Interessen entgegenstehen (§ 85 Abs. 2 VfGG). Abs. 2 Satz 2 § 85 VfGG wurde mit Erk.Slg. 8028/1977 aufgehoben.

109 Art. 94 OG; vgl. auch Art. 79 ff. Bundeszivilprozessordnung, welche nach Art. 40 OG ergänzend anwendbar ist.

110 Marti 155 f.

esse und die materielle Gerechtigkeit gebieten, insbesondere dann, wenn ein angefochtener genereller Erlass voraussichtlich ohnehin wegen Verfassungswidrigkeit aufgehoben werden muss¹¹¹.

Das Bundesgericht sollte daher in der abstrakten Normenkontrolle jede Vorschrift sogleich nach Eintritt der Rechtshängigkeit in summarischer Prüfung auf die geltend gemachten Gründe der Verfassungswidrigkeit prüfen, wobei dann natürlich der Gewährung der aufschiebenden Wirkung keine präjudizielle Bedeutung für einen späteren Entscheid zukommen darf. Dadurch könnten die rückwirkenden Nichtigkeitsfolgen bei einer allfälligen Aufhebung des Erlasses eingedämmt und die Entstehung neuer verfassungswidriger Rechtsanwendungsakte durch die zwischenzeitliche Anwendung des Erlasses vermieden werden. Eine solche Anordnung erweist sich deshalb als unbedenklich, weil wegen der kurzen Anfechtungsfrist für generelle Erlasse sowieso nur eine kurze Geltungsdauer der Vorschrift berührt und damit der Hoheitsbereich des Gesetzgebers nur in geringem Mass eingeschränkt wird.

3. Teilweise und sinngemässe Aufhebung verfassungswidriger Bestimmungen

Das Bundesgericht erklärt nur selten ganze Erlasse für verfassungswidrig; denkbar wären solche Fälle bei formeller Verfassungswidrigkeit eines Erlasses. So hob das Bundesgericht beispielsweise in BGE 103 Ia 176 ff. den Beschluss des Regierungsrates des Kantons Schwyz vom 22. November 1976 über die Erstellung eines Regionalplanes für den Bau und die Erweiterung von Einkaufszentren auf. Der Regierungsrat hatte mit dem Erlass einer vorsorglichen Massnahme in Form einer provisorischen Bausperre für das ganze Kantonsgebiet in den Bereich des Gesetzgebers übergreifen; der Beschluss entbehrte einer gesetzlichen Grundlage.

Meist bezieht sich die Verfassungswidrigkeit jedoch nur auf einzelne Teile eines Erlasses oder gar nur auf eine bestimmte Umschreibung in einem einzelnen Artikel. Auch wenn der Beschwerdeführer die gänzliche Aufhebung eines Rechtsetzungsaktes verlangt, so kann das Bundesgericht ihn nur teilweise aufheben, wobei es die Beschwerde dann teilweise gutheisst¹¹². Voraussetzung dafür ist jedoch, dass die für rechtmässig befundenen Teile eines Erlasses noch eine selbständige Bedeutung

111 So hat das Bundesgericht im Falle der Anfechtung einer kantonalen Ladenschlussverordnung die aufschiebende Wirkung mit der genannten Begründung erteilt (BGE 98 Ia 491). Aufschiebende Wirkung hat das Bundesgericht auch der staatsrechtlichen Beschwerde erteilt, mit der nach der Volksabstimmung im Kanton Zürich vom 22. März 1977 – mithin noch vor der Genehmigung durch den Bundesrat – die Änderung des Einführungsgesetzes zum ZGB über die Aufhebung des erbrechtlichen Pflichtteilsanspruchs der Geschwister vom 13. März 1977 direkt angefochten wurde (BGE 103 Ia 288 ff.).

112 Vgl. auch Marti 155.

haben. Sie dürfen mit den übrigen Bestimmungen nicht eine untrennbare Einheit bilden, die nicht in einzelne Bestandteile zerlegt werden kann¹¹³.

In BGE 101 Ia 484 ff. erachtete das Bundesgericht beispielsweise eine durch die Beschwerdeführer direkt angefochtene Bestimmung der Ladenschlussverordnung für Olten, die den Ladenschluss auf den Montagnachmittag einheitlich festlegte, als unverhältnismässige Freiheitsbeschränkung, die gegen Art. 31 BV verstosse. Die Bestimmung lautete wie folgt:

“Sämtliche Verkaufsgeschäfte bleiben am Montagnachmittag ab 12.30 Uhr geschlossen. Diese Schliessungspflicht entfällt am Mai- und Herbstmarkt sowie an den beiden Montagen unmittelbar vor Weihnachten.”

Das Bundesgericht hob nicht nur Abs. 1, sondern auch Abs. 2 der Bestimmung auf, da die dort vorgesehene Ausnahmeregelung mit dem Wegfall von Abs. 1 gegenstandslos geworden wäre “beziehungsweise bei einer Neuordnung nochmals überdacht werden” musste (S. 491).

In BGE 104 Ia 196 ff. hielt das Bundesgericht auf direkte Anfechtung hin im Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde eine Bestimmung eines Genfer Reglementes für verfassungswidrig. Das Reglement wollte die Bewilligung zur Errichtung oder zum Betrieb eines Coiffeursalons von der Voraussetzung abhängig machen, dass dieser unter die Aufsicht eines Coiffeurs, der im Besitz des eidgenössischen oder eines gleichwertigen Fähigkeitsausweises ist, gestellt wird. Das Bundesgericht hob nicht nur diese Bestimmung, sondern auch den nächsten Absatz auf, wonach ein Coiffeur nur für einen Salon verantwortlich sein konnte. Diese Bestimmung stand in engem Zusammenhang mit der verfassungswidrigen und hätte nicht ohne sie bestehen können.

Die Abgrenzung zwischen verfassungswidrigem und verfassungsmässigem Teil in einem Erlass fällt oft schwer. Wenn das Bundesgericht nur einen einzelnen Passus eines Artikels für verfassungswidrig hält, so behilft es sich damit, dass es den betreffenden Artikel in dem Sinn oder in dem Mass aufhebt, als der Passus verfassungswidrig ist, oder indem es die Bestimmung bezüglich bestimmter Tatbestände für nicht anwendbar erklärt. So hat das Bundesgericht z.B. bei der Prüfung der Verordnung des Regierungsrates des Kantons Zürich zum Schutze des Eigentums vom 16. März 1967 in BGE 94 I 52 die Verordnung wegen Verstosses gegen die Eigentumsgarantie für auf bestimmte Parzellen als nicht anwendbar erklärt, weil bezüglich dieses Teilgebietes das private gegenüber dem öffentlichen Interesse überwog. In BGE 101 Ia 473 ff. hat das Bundesgericht ein Zusatzreglement zu einem bereits bestehenden Reglement betreffend Einhaltung der öffentlichen Ruhe im Kanton Genf, wonach es in einer Bestimmung um die Benützung des öffentlichen Grundes durch Prostituierte zum Zweck der Kundensuche ging, in direkter Normenkontrolle überprüft. Die betreffende Bestimmung enthielt das Verbot, sich tagsüber auf öffentlichen Strassen der Prostitution hinzugeben, wenn dadurch die öffentliche Ordnung gestört wurde. Wegen Verletzung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes hob das

113 Siehe auch Kottusch 160.

Bundesgericht die Bestimmung in dem Masse auf, als sie verbot, "sich tagsüber auf öffentlichen Strassen der Prostitution hinzugeben". In den Erwägungen forderte das Bundesgericht die kantonale Behörde auf, den Text genauer zu gestalten, da er den rechtsanwendenden Behörden zu grossen Ermessensspielraum biete¹¹⁴.

Eine Vielzahl bundesgerichtlicher Entscheide hat die Überprüfung gleichheitswidriger Erlasse zum Gegenstand¹¹⁵. Gegen das Gebot der Rechtsgleichheit verstossende Erlasse sind namentlich Abgabegesetze und Gesetze über die Ausrichtung staatlicher Leistungen. Erlasse können gegen den Gleichheitsgrundsatz verstossen, indem sie ausdrücklich Ausnahmebestimmungen enthalten, die einen bestimmten Personenkreis anderen Gruppen gegenüber ungerechtfertigterweise begünstigen oder benachteiligen. Der Verfassungsverstoss kann aber auch in einem Schweigen des Gesetzgebers liegen, so beispielsweise, wenn eine begünstigende Regelung fälschlicherweise eine bestimmte Personengruppe überhaupt nicht erwähnt. Bei gleichheitswidrigen Ausnahmebestimmungen, die ausdrücklich einen bestimmten Personenkreis zu Unrecht begünstigen oder benachteiligen, ist die Aufhebung der Ausnahmebestimmung die angemessene Lösung. Die Ausnahmebestimmung fällt dann einfach weg und die verfassungsmässige Lage ist wiederhergestellt. So konnte das Bundesgericht beispielsweise in BGE 101 Ia 182 ff. bei der Überprüfung einer Bestimmung des Gesetzes über die Schiffe, die im Kanton Freiburg ihren Heimat-hafen haben, durch Aufhebung einer Zusatzregelung die verfassungsmässige Rechtslage wiederherstellen. Das Gesetz setzte die Steuer für die einzelnen Schiffskategorien wie Ruderboote, Segelboote, Motorboote usw. fest. Im weiteren bestimmte

114 Im Entscheid BGE 101 Ia 565 ff. prüfte das Bundesgericht – ebenfalls im abstrakten Normenkontrollverfahren – ein kantonales Gesetz über Verkehrsbeschränkungen für Raupenfahrzeuge und kam zum Schluss, dass auf den allgemein den Motorfahrzeugen geöffneten Strassen der Verkehr derselben – inbegriffen jener der Raupenfahrzeuge – nur dann kantonale untersagt werden konnte, wenn das Verbot nach Art. 5 des Strassenverkehrsgesetzes vorschriftsgemäss signalisiert wurde. Das betreffende Gesetz sah im vom Bundesgericht für verfassungswidrig gehaltenen Artikel nur vor, dass der Verkehr mit Raupenfahrzeugen ausserhalb der befahrbaren Strassen verboten war. Obwohl die betreffende Bestimmung durch eine gesetzgeberische Ergänzung nicht mehr verfassungswidrig gewesen wäre, hob das Bundesgericht die ganze Bestimmung in dem Sinne auf, dass auf den allgemein den Motorfahrzeugen geöffneten Strassen der Verkehr derselben nur kantonale untersagt werden konnte, wenn das betreffende Verbot vorschriftsgemäss signalisiert wurde. Die Aufhebung durch das Bundesgericht bewirkte somit in diesem Fall eine Ergänzung durch den Gesetzgeber.

115 Das Gebot der Rechtsgleichheit (Art. 4 BV) bindet nicht nur die rechtsanwendenden Behörden, sondern auch den Gesetzgeber (BGE 96 I 457). Das Bundesgericht greift jedoch nur ein, wenn sich ein Erlass nicht auf ernsthafte, sachliche Gründe stützen lässt, sinn- und zwecklos ist oder rechtliche Unterscheidungen trifft, für die ein vernünftiger Grund in den zu regelnden tatsächlichen Verhältnissen nicht ersichtlich ist. Innerhalb dieses Rahmens steht dem Gesetzgeber ein weiter Spielraum des Ermessens zu. Er kann schematische, nach der Durchschnittserfahrung aufgestellte Grundsätze schaffen, die leicht zu handhaben sind (BGE 102 Ia 15; 101 Ia 200 mit Verweisen; 96 I 457). Ähnlich auch das deutsche Bundesverfassungsgericht in BVerfGE 18, 121 (124); Art. 3 GG ist verletzt, "wenn sich ein vernünftiger, aus der Natur der Sache sich ergebender oder sonst sachlich einleuchtender Grund für die gesetzliche Differenzierung nicht finden lässt. Dabei ist dem Gesetzgeber weite Gestaltungsfreiheit zuzuerkennen."

es, die Steuer für Schiffshalter, die ausserhalb des Kantons Wohnsitz haben, werde auf das Doppelte erhöht. Da es für das Bundesgericht keinen vertretbaren Grund gab, die ausserkantonalen Schiffshalter schwerer zu belasten als die im Kanton anässigen, hob es die Bestimmung auf, und damit hatte es sein Bewenden¹¹⁶.

Anders liegt der Fall bei einem Unterlassen des Gesetzgebers. Es gibt keine Ausnahmebestimmung, die aufgehoben werden kann. Es muss daher der ganze Erlass oder, wenn sich die Unterlassung nur auf einen Artikel bezieht, zumindest der betreffende Artikel aufgehoben werden. Wegen der kurzen Anfechtungsfrist ist eine solche Aufhebung gefahrlos, da die Vorschrift ja erst seit kurzem oder noch gar nicht in Kraft steht, so dass nicht für viele hängige Verfahren eine Rechtsgrundlage wegfällt¹¹⁷.

In Deutschland würde bei einer Aufhebung (sowohl anlässlich der konkreten wie der abstrakten Normenkontrolle) wegen einer fehlenden Bestimmung ein Erlass aufgehoben, der unter Umständen schon jahrelang in Kraft steht und sich im übrigen auch bewährt hat; die Aufhebung wäre sinnlos und würde eine grosse Rechtsunsicherheit mit sich bringen; man hat daher in solchen Situationen nach Auswegen gesucht, um die formelle Aufhebung zu vermeiden¹¹⁸.

In der Schweiz hat sich bis zum bundesgerichtlichen Entscheid noch keine feste Rechtspraxis gebildet; die fehlende Bestimmung kann vom Gesetzgeber geschaffen und der gleiche Erlass in Kraft gesetzt werden.

Eine indirekte Anfechtung gesetzgeberischen Unterlassens ist insofern denkbar, als ein Beschwerdeführer gegen einen ihn belastenden Verwaltungsakt Beschwerde erhebt, weil er zu einer Personengruppe gehört, die zu Unrecht in demselben Erlass, der Grundlage des Anwendungsaktes bildet, in einer begünstigenden Ausnahmebestimmung nicht erwähnt ist, oder weil gar keine auf seinen Fall zugeschnittene Ausnahmebestimmung vorhanden ist. In solchen Fällen stellt das Bundesgericht die Verfassungswidrigkeit des indirekt angefochtenen Erlasses fest und hebt den angefochtenen Anwendungsakt auf¹¹⁹. In BGE 104 Ia 284 ff. hatte ein Beschwerdeführer eine steuergesetzliche Bestimmung indirekt – Anfechtungsobjekt war die Veranlagungsverfügung – angefochten, weil sie nicht einen zum Leben unbedingt notwendigen Betrag von der Einkommenssteuer befreite, sondern lediglich einen bescheidenen Steuerabzug gewährte. Er stützte sich hiebei auf eine kantonale Ver-

116 Vgl. auch BGE 101 Ia 193 ff., wo es sich zwar um einen Fall konkreter Normenkontrolle handelte; das Problem der Ausnahmebestimmung lag jedoch gleich; siehe auch BGE 100 Ia 60 ff.

117 Konkrete Fälle konnten in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht gefunden werden. Ein Anwendungsfall wäre jedoch beispielsweise die folgende, in BGE 95 I 350 ff. allerdings nur indirekt angefochtene Norm gewesen, wenn sie innert Frist direkt angefochten worden wäre: Im angefochtenen Erlass war eine Kirchensteuer für juristische Personen vorgesehen. Das Gesetz enthielt jedoch keine Ausnahmebestimmung, wonach juristische Personen mit religiösem Zweck nicht besteuert werden müssen. Das Bundesgericht hob in jenem Fall einfach den konkreten Anwendungsakt auf, mit dem die juristische Person mit religiösem Zweck besteuert wurde.

118 Siehe vorn S. 106 ff.

119 Vgl. den in Anm. 117 hievori zit. Entscheid.

fassungsbestimmung, wonach geringe Vermögen sowie von jedem Einkommen ein zum Leben unbedingt notwendiger Betrag steuerfrei sind. Die gerügte Gesetzesbestimmung sah lediglich sogenannte Sozialabzüge vom Reineinkommen vor und enthielt demnach ein "Unterlassen des Gesetzgebers". Das Bundesgericht trat auf die Beschwerde ein, weil es der Meinung war, die betreffende kantonale Verfassungsbestimmung enthalte ein verfassungsmässiges Recht des einzelnen, wies die Beschwerde aber ab; hätte es diese jedoch gutgeheissen, so hätte es die Verfassungsmässigkeit der Gesetzesbestimmung verneint und den angefochtenen Anwendungsakt aufgehoben¹²⁰.

Gleichheitswidrige Ausnahmebestimmungen, die für die Betroffenen einen Nachteil mit sich bringen, sind in der Fallbehandlung einfacher als gleichheitswidrige begünstigende Bestimmungen. Bei direkter Anfechtung kann die belastende Ausnahmebestimmung einfach aufgehoben werden. Die einfachste und problemloseste Aufhebung betrifft daher gleichheitswidrige Erlasse, die eine verfassungswidrige Ausnahmebestimmung enthalten, durch deren Beseitigung die verfassungsmässige Lage bereits wiederhergestellt ist.

D. Vom Bundesgericht im konkreten Normenkontrollverfahren für verfassungswidrig erkannte Erlasse

1. Allgemeines

Ein Erlass, dessen Verfassungswidrigkeit das Bundesgericht anlässlich der konkreten Normenkontrolle festgestellt hat, ist – rein rechtlich gesehen – weiterhin anwendbar. Die faktische Wirkung solcher Entscheidungen kann jedoch nicht ausser Betracht gelassen werden. Ein vom Bundesgericht für verfassungswidrig befundener Erlass wird von einer kantonalen Behörde in der Regel nicht mehr angewendet. Insbesondere nach der Veröffentlichung bundesgerichtlicher Entscheidungen, die in weiten Kreisen beachtet werden, hat die Anwendung schon deshalb keinen Zweck mehr, weil bald einmal zahlreiche Betroffene die auf der Norm beruhenden individuell-konkreten Hoheitsakte anfechten würden.

Keine Bedenken melden sich, wenn eine Norm nur in einer bestimmten von der Behörde praktizierten Anwendung und Auslegung als verfassungswidrig erscheint, selbst wenn sich eine solche Anwendung seit Jahren durchgesetzt hat¹²¹. Solche

120 Auch die Untätigkeit kantonalen Behörden kann mit staatsrechtlicher Beschwerde angefochten werden, wenn durch das Unterlassen ein verfassungsmässiges Recht verletzt ist (vgl. Marti 103). Bei indirekter Anfechtung gesetzgeberischen Unterlassens wäre ebenfalls die Untätigkeit der kantonalen Behörde Anfechtungsobjekt, diese Untätigkeit bestünde jedoch zu Recht, da gar keine gesetzliche Bestimmung als Handlungsgrundlage vorliegt.

121 Allerdings ist denkbar, dass sich ein Bürger auf eine solche Anwendung verlässt; zum Schutz des Vertrauens des einzelnen in die staatliche Tätigkeit siehe hinten S. 142 f.

Normen können durch eine verfassungsmässige Auslegung wieder auf den Boden der Verfassungsmässigkeit zurückgeführt werden; sie sind nicht verfassungswidrig an sich. Eine Aufhebung verfassungsmässiger Normen an sich würde sich nur rechtfertigen, falls sich die betreffende Norm in der durch die Behörde gegebenen Auslegung seit Jahren durchgesetzt hat. Eine leichte Abänderung oder Verdeutlichung könnte aber auch in kurzer Zeit Klarheit schaffen. Das Bundesgericht betont dann jeweils, dass es Sache des zur Rechtsanwendung zuständigen Organs sei, den Erlass so auszulegen, wie es dem Willen des Gesetzgebers am ehesten entspreche, falls die Norm nicht überhaupt geändert werde¹²². In BGE 99 Ia 35 ff. wurde mit einer staatsrechtlichen Beschwerde gegen ein kantonales Gesetz über den Abbruch von Wohnhäusern, das eine Bestimmung mit einem unbefristeten Abbruchverbot enthielt, gerügt, ein dauerndes und unbeschränktes Abbruchverbot verstosse gegen die Eigentumsgarantie, da für das Verbot keine hinreichenden öffentlichen Interessen bestünden. Das Bundesgericht auferlegte sich bei der Beurteilung der Verfassungsmässigkeit der Bestimmung Zurückhaltung, da die Beurteilung von der Würdigung der örtlichen Verhältnisse abhing und die Bestimmung vor allem aus wirtschafts- und sozialpolitischen Gründen getroffen worden war, und hielt die Bestimmung für verfassungsmässig. Das Abbruchverbot stelle zwar einen erheblichen Eingriff in die Verfügungsfreiheit der Betroffenen dar, stehe jedoch der Eigentumsgarantie im wesentlichen nicht entgegen. Die rechtsanwendende Behörde dürfe jedoch keine Entscheide nach Belieben fällen; sie sei vielmehr verpflichtet, im Einzelfall eine sorgfältige Interessenabwägung vorzunehmen und dabei insbesondere auch den Grundsatz der Rechtsgleichheit und das Gebot des Handelns nach Treu und Glauben zu beachten. Wenn die in einem anderen Paragraphen (§ 3 des Gesetzes) erwähnten oder ihnen aufgrund einer Interessenabwägung allenfalls gleichzustellenden Voraussetzungen erfüllt seien, so sei die Abbruchbewilligung im konkreten Fall zu erteilen.

Erlasse, die jedoch nach objektiven allgemein anerkannten Auslegungsgrundsätzen verfassungswidrig sind, sollten innert Kürze durch die kantonale Behörde aufgehoben und durch eine verfassungsmässige Regelung ersetzt werden. Hiebei überlässt es das Bundesgericht den Kantonen, eine eigene Lösung zu finden. In der Zwischenzeit besteht keine klare Rechtsgrundlage; niemand weiss, was mit einem vom Bundesgericht anlässlich der konkreten Normenkontrolle für verfassungswidrig befundenen Erlass geschehen soll, bevor eine Neuregelung geschaffen wird. Jeder Fall ist wieder anders gelagert und die Lösung daher auch nicht immer gleich. Durch die faktische Unanwendbarkeit und die hiedurch bedingte Entstehung gesetzesleeren Raumes wie auch durch die Wirkung des bundesgerichtlichen Urteils auf Parallelfälle entstehen nach der konkreten Normenkontrolle die meisten Probleme. Eine Regelung findet sich hiefür – wie erwähnt – im OG nicht. Gerade

122 Vgl. BGE 97 I 629.

durch die Vielfältigkeit und Verschiedenartigkeit der Fälle ist natürlich eine Lösung auch schwer zu finden¹²³.

2. Wirkung der bundesgerichtlichen Entscheidung auf Parallelfälle

Immer wenn ein individuell-konkreter Hoheitsakt ein Normenkontrollverfahren auslöst, stellt sich die Frage, wie andere Sachverhalte, auf welche die vom Bundesgericht für verfassungswidrig erkannte Norm angewendet werden müsste, zu beurteilen sind. Der diesen Hoheitsakten zugrundeliegende Sachverhalt kann sich vor oder nach der bundesgerichtlichen Entscheidung im Anlassfall konkretisiert haben.

Für Sachverhalte, die sich nach der bundesgerichtlichen Entscheidung konkretisiert haben, liegt es in der Hand der zuständigen kantonalen Behörde, die betreffende Norm auf den fraglichen Sachverhalt einfach nicht mehr anzuwenden. So erklärte beispielsweise der Kassationshof des Bundesgerichts die Bestimmung einer Verordnung des Bundesrates, welche die Führer und die auf den Vordersitzen mitfahrenden Personen unter Androhung von Busse im Zuwiderhandlungsfall zum Tragen der Sicherheitsgurten verpflichtet, mangels gesetzlicher Grundlage für nicht anwendbar¹²⁴; nach dem Bekanntwerden dieser Entscheidung wurden im Kanton Zürich keine Bussen mehr ausgesprochen und keine Verzeigungen mehr erstattet. Selbst die hängigen Verfahren, deren Sachverhalt sich vor der Entscheidung konkretisiert hatte, wurden eingestellt¹²⁵.

Formell rechtskräftige individuell-konkrete Hoheitsakte sind jedoch in der Regel endgültig verbindlich. Mit der formellen tritt auch die materielle Rechtskraft ein. Gegen rechtskräftige Entscheide sieht die Rechtsordnung höchstens die Revision (Wiederaufnahme des Verfahrens) vor. Der wichtigste Revisionsgrund ist die Entdeckung neuer Tatsachen oder Beweismittel¹²⁶. Tatsachen sind aber nach der Rechtslehre nur solche, die sich auf den Sachverhalt beziehen. Die Normenkontrollentscheidung des Bundesgerichts löst eine Rechtsfrage, deren Wirkung nicht zur Revision führen kann. Das Bundesgericht hat denn auch ausgeführt, es entspreche zwar der Eigenart des öffentlichen Rechts und der Natur der öffentlichen Interessen, dass ein Verwaltungsakt, der dem Gesetz nicht oder nicht mehr entspreche, nicht unabänderlich sei; jedoch könne es ein Gebot der Rechtssicherheit sein, dass eine Verfügung, welche eine Rechtslage festgestellt oder begründet hat, nicht nachträglich wieder in Frage gestellt werde. Ob ein Verwaltungsakt von der Behörde zurück-

123 Siehe hiezu die auf den folgenden Seiten zit. Fälle zur Überbrückung gesetzleeren Raumes.

124 Art. neu 3a der Verordnung des Bundesrates über die Strassenverkehrsregeln vom 13. November 1962. Fassung gemäss Ziff. 1 der Verordnung vom 10. März 1975 (SR 741.11).

125 Siehe hiezu den Zeitungsartikel von Hans Huber, "Der Gurtenentscheid des Bundesgerichts – Möglichkeiten einer Überbrückungslösung", Neue Zürcher Zeitung vom 1. Februar 1978, Nr. 26, S. 33.

126 Vgl. auch Imboden/Rhinow (zit. in Anm. 4 hievor), Nr. 43.

genommen oder abgeändert werden könne, hänge, soweit darüber nicht positivrechtliche Bestimmungen bestünden, von einer Abwägung der beiden sich gegenüberstehenden Gesichtspunkte der richtigen Durchführung des objektiven Rechts und den Anforderungen der Rechtssicherheit ab¹²⁷. Bei der gesetzlichen Regelung der Frage, welche Wirkungen die Verfassungswidrigerklärung einer Rechtsnorm für die nicht mehr mit einem ordentlichen Rechtsmittel anfechtbaren Hoheitsakte hat, die auf einer nachträglich für nichtig erklärten Norm beruhen, treten daher notwendigerweise die beiden Grundsätze der Rechtssicherheit (und Rechtsbeständigkeit nicht mehr anfechtbarer Hoheitsakte) und der Gerechtigkeit im Einzelfall in Widerstreit.

Die Nichtigkeit einer Verwaltungsverfügung stellt die Ausnahme dar. Eine Verfügung ist nichtig, wenn der ihr anhaftende Mangel besonders schwer und offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar ist und zudem die Rechtssicherheit nicht ernsthaft gefährdet wird¹²⁸. Verfügungen, die auf einer nachträglich für verfassungswidrig erkannten Norm beruhen, sind somit nichtig, wenn sie sich auf einen generellen Erlass stützen, dessen Verfassungswidrigkeit offensichtlich oder besonders schwer ist. Hiebei sind die Anforderungen streng; solange eine verfassungswidrige Norm nicht formell aufgehoben oder nur aufgrund des akzessorischen richterlichen Prüfungsrechts im speziellen Fall für nicht anwendbar erklärt wird, gilt der Mangel der Verfügung nur als verdeckt und nicht als offensichtlich¹²⁹.

Die Frage, was mit Verfügungen geschehe, deren Rechtsgrundlage nachträglich wegfällt, stellt sich namentlich auch im Steuer- und Abgaberecht. Steuern, die schon bezahlt wurden, können nicht mehr zurückgefordert werden¹³⁰. Eine unangefochtene Steuerveranlagung ist endgültig verbindlich. Die Rückerstattung von schon bezahlten Steuern würde nur erfolgen, wenn die Steuern aufgrund einer nichtigen und damit der Rechtskraft nicht fähigen Steuerverfügung bezahlt worden wären.

Verwaltungsakte, die rechtskräftig sind und gegen die auch eine Revision nicht mehr angestrengt werden kann, müssen aber auch noch vollstreckbar sein, nachdem die Verfassungswidrigkeit der Norm erkannt worden ist. Eine anderslautende Regelung müsste jedenfalls ausdrücklich im Gesetz verankert sein. Deshalb bestimmt in der Bundesrepublik Deutschland § 79 Abs. 2 BVerfGG ausdrücklich, dass die nicht mehr anfechtbaren Entscheidungen, die auf einer für nichtig erklärten Norm beruhen, nicht mehr vollstreckt werden können. Da in der Schweiz keine derartige Regelung besteht, müssen solche Hoheitsakte noch vollstreckbar sein, wenn sie nicht überhaupt nichtig sind. Diese Lösung erscheint auch deshalb gerechtfertigt, weil der Zeitpunkt der Vollstreckung eines individuell-konkreten Hoheitsaktes oft von Zufälligkeiten, bei Steuern und Abgaben gar vom Zahlungswillen des Pflichtigen abhängt, während der Eintritt der formellen Rechtskraft eher ein objektives Kriterium darstellt.

127 BGE 94 I 343 f.

128 Imboden/Rhinow (zit. in Anm. 4 hievor), Bd. I, Nr. 41; BGE 100 Ib 302 f.

129 BGE 98 Ia 568 ff. E 4.

130 BGE 98 Ia 568 ff. E 3.

3. Anwendbarkeit verfassungswidrigen Rechts. Vertrauensschutz und Legalitätsprinzip

Eine vom Bundesgericht für verfassungswidrig befundene Norm ist in der Regel auf Sachverhalte, die sich nach der Entscheidung konkretisiert haben, nicht mehr anzuwenden. Dies folgt aus dem Grundsatz der Gesetz- und Verfassungsmässigkeit von individuell-konkreten Hoheitsakten. Meist bedeutet denn auch die Nichtanwendung der vom Bundesgericht für verfassungswidrig erklärten Norm, die formell noch nicht abgeschafft worden ist, eine Rechtswohlthat für den einzelnen. Es ist jedoch auch denkbar, dass ein Bürger durch die weitere Anwendung einer solchen Rechtsvorschrift bessergestellt ist oder dass er auf die Rechtsbeständigkeit und Anwendbarkeit des betreffenden Erlasses vertraut hat. Es fragt sich daher, inwieweit der einzelne einen Anspruch auf rechtsgleiche Behandlung bei gesetzwidriger Praxis hat und ob sein Vertrauen in die Geltung eines verfassungswidrigen Erlasses geschützt werden soll.

Der Grundsatz von Treu und Glauben gilt nicht nur im Zivilrecht, sondern auch im öffentlichen Recht, insbesondere im Verwaltungsrecht¹³¹. Er schützt unter bestimmten Bedingungen den Bürger, der sich auf Erklärungen oder das sonstige Verhalten von Behörden verlassen hat¹³². Unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes vermag jedoch in der Regel nur eine individuell-konkrete Zusicherung der Verwaltung an den Bürger eine Abweichung vom Gesetz zu rechtfertigen. Für generell-abstrakte Erlasse ist der Grundsatz der Legalität oberstes Gebot. Jemand, der sich auf eine der Verfassung oder dem Gesetz widersprechende Vorschrift verlassen hat, kann sich grundsätzlich nicht auf Treu und Glauben berufen, wenn ihm gegenüber ein verfassungswidriger Erlass nicht oder in seiner richtigen Auslegung angewendet wird. Wenn sich jemand lediglich am Wortlaut generell-abstrakter Normen orientiert, muss er das Risiko tragen, dass er den wahren Sinn der Norm nicht erfasst oder die Nichtigkeit einer Vorschrift übersieht. Der Grundsatz der Legalität geht auch deshalb dem Vertrauensschutz vor, weil sonst die rechtsanwendende Behörde in der Lage wäre, durch Ausführungsbestimmungen, die dem Gesetzessinn widersprechen, den Willen des Gesetzgebers mit Hilfe des Vertrauensschutzes zu überspielen.

Ausnahmsweise kann jedoch der Vertrauensschutz dem Legalitätsprinzip vorgehen. Erforderlich ist jedoch, dass das Verhalten der Behörde objektiv gesehen widersprüchlich ist und mit dem Grundsatz von Treu und Glauben wie auch mit dem Gebot der Rechtssicherheit unvereinbar ist und gegen Art. 4 BV verstösst; überdies darf die Aufrechterhaltung des angefochtenen Entscheides nicht öffentlichen Interessen zuwiderlaufen¹³³. Ein erhöhter Vertrauensschutz besteht auch,

131 BGE 103 Ia 20 ff. (25), 505 ff. E 1; 101 Ia 92 ff. E 3.

132 BGE 101 Ia 328 ff.

133 In BGE 101 Ia 328 ff. wurde ein ablehnender Entscheid betreffend Erteilung einer Baubewilligung angefochten. Obwohl die Beschwerdeführerin aus dem Verhalten der Behörde hatte schliessen dürfen, dass ihr die Baubewilligung erteilt würde, schützte das Bundes-

wenn die Verfassungs- oder Gesetzwidrigkeit einer Rechtsvorschrift nicht offensichtlich erkennbar und auch nicht völlig klar und eindeutig nachweisbar ist. In BGE 101 Ia 116 ff. ging es beispielsweise um folgenden Sachverhalt: Gemäss der Vollziehungsverordnung zum aargauischen Erbsteuergesetz ist der Anfall des überlebenden Ehegatten nur insoweit steuerpflichtig, "als er auf erbrechtlicher und nicht güterrechtlicher Ausscheidung beruht". Es war schon mehrfach gerichtlich festgestellt worden, dass diese Bestimmung gegen das aargauische Erbsteuergesetz versties. Die Vollziehungsverordnung wurde aber formell nicht aufgehoben. Das Bundesgericht schützte die staatsrechtliche Beschwerde einer Frau, die im Vertrauen auf die Gültigkeit der verfassungswidrigen Bestimmung mit ihrem Mann einen Ehevertrag abgeschlossen hatte, wonach der gesamte Vorschlag beim Tode eines Ehegatten dem Überlebenden zufallen sollte¹³⁴.

Die hier aufgeführten Grundsätze sind sehr allgemein gehalten. Letztlich kommt es auf den Sachverhalt im Einzelfall an, wobei dem Richter immer ein gewisser Ermessensspielraum bleibt.

E. Bundesaufsicht als Kontrollmittel zur Abschaffung verfassungswidriger kantonaler Erlasse

Manchmal ist die Verfassungswidrigkeit einer Gesetzesvorschrift den kantonalen Behörden seit Monaten oder gar Jahren bekannt, ohne dass der betreffende Kanton Schritte unternimmt, um die Vorschrift formell ausser Kraft zu setzen¹³⁵. Probleme können in solchen Fällen entstehen, wenn die betreffende verfassungswidrige Norm bewusst noch angewendet wird. In derartigen Fällen wäre die Bundesaufsicht des Bundesrates im Sinne von Art. 102 Ziff. 2 BV als Mittel zur Durchsetzung der bundesgerichtlichen Entscheidung durchaus am Platz¹³⁶.

gericht die Beschwerde nicht, denn es bestand ein öffentliches Interesse daran, dass die Beschwerdeführerin nicht am Rande einer bereits projektierten Nationalstrasse baute. Wenn die Betroffenen in einem solchen Falle nicht durchdringen, können sie aber den Ersatz des ihnen zugefügten Schadens auf dem ordentlichen Rechtsweg geltend machen (zit. Entscheid, S. 331).

134 Vgl. auch BGE 103 Ia 242 ff. In BGE 100 Ia 386 ff. schützte das Bundesgericht eine staatsrechtliche Beschwerde gegen eine Ungültigerklärung einer kantonalen Volksinitiative wegen Verletzung einer Formvorschrift. Das gesetzliche Formerfordernis, wonach bei einer Volksinitiative auf jedem Unterschriftenbogen die Namen oder Wohnadressen der Mitglieder des Initiativkomitees anzugeben sind, war zwar verfassungsmässig. Die Behörde verletzte mit ihrem Entscheid jedoch nach Ansicht des Bundesgerichts Art. 4 BV, wenn sie die den Formerfordernissen nicht entsprechende Initiative für ungültig erklärte, nachdem sie den gleichen Formmangel bei einem früheren Volksbegehren irrtümllicherweise nicht beanstandet hatte.

135 Die Gesetzwidrigkeit der im Falle BGE 101 Ia 116 ff. vom Bundesgericht geprüften Verordnung war den kantonalen Steuerbehörden schon seit Jahrzehnten bekannt, eine Anpassung an die Gesetzesvorschrift wurde jedoch nie erwirkt.

136 Siehe auch vom S. 84 f. zur Vollstreckung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen.

Der Bundesrat wacht gemäss Art. 102 Ziff. 2 BV über die Beobachtung der Verfassung, der Gesetze und Beschlüsse des Bundes und "trifft zur Handhabung derselben von sich aus oder auf eingegangene Beschwerde" die erforderlichen Verfügungen. Der Bundesstaat bedarf der Bundesaufsicht und notfalls auch des Bundeszwangs, um seine Ordnung rechtlich auch durchsetzen zu können¹³⁷.

Zur Durchsetzung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen ist in erster Linie an das allgemeine Aufsichts- und Weisungsrecht des Bundesrates (Art. 102 Ziff. 2 und 13 BV) zu denken¹³⁸. Die Bundesaufsicht unterscheidet sich von der bundesgerichtlichen Kontrolle dadurch, dass sie nicht nur repressiver Natur ist und auch von Amtes wegen ausgeübt wird. Die kassatorische Natur der staatsrechtlichen Beschwerde sowie die bundesgerichtliche Beschränkung auf die Aufhebung individuell-konkreter Hoheitsakte anlässlich der konkreten Normenkontrolle stehen einer umfassenden Wirksamkeit verfassungsgerichtlicher Entscheidungen entgegen. Im Interesse der Rechtsklarheit und Rechtswahrheit sowie zum Schutz der Verfassung sollten verfassungswidrige kantonale Erlasse, welche nicht mehr durch eine verfassungskonforme Auslegung auf den Boden der Verfassungsmässigkeit zurückgeführt werden können, sobald als möglich nach der bundesgerichtlichen Entscheidung formell aufgehoben und durch verfassungskonformes Recht ersetzt werden. Tun dies die kantonalen Behörden nicht von sich aus, so kann der Bundesrat im Rahmen seines allgemeinen Aufsichtsrechts Weisungen an die betreffende Behörde, die den verfassungswidrigen Erlass gesetzt hat, erteilen. Für die Ausübung der Aufsicht müsste der Bundesrat aber die bundesgerichtlichen Entscheidungen kennen, die die Verfassungswidrigkeit einer kantonalen Gesetzesvorschrift feststellen¹³⁹.

In einzelnen Fällen hat denn auch das Bundesgericht dem Bundesrat berichtet, wenn die Kantone wiederholt verfassungswidriges Recht anwendeten und das Bundesgericht deshalb zahlreiche Beschwerden gutheissen musste¹⁴⁰. Das Bundesgericht sollte jedoch von dieser Möglichkeit mehr Gebrauch machen, damit der Bundesrat für eine verfassungsmässige Rechtsetzung in den Kantonen sorgen kann.

137 Zur Bundesaufsicht siehe Aubert No. 782 ff.

138 Die Bundesexekution kommt kaum in Frage, da die schweizerische Praxis nur die Ersatzvornahme, nicht aber die Aufhebung schon bestehender verfassungswidriger Erlasse kennt. Eine Ersatzvornahme wäre allenfalls höchstens bei verfassungswidrigem Unterlassen des Gesetzgebers denkbar.

139 Siehe zum Weisungsrecht Aubert No. 792.

140 Siehe z.B. Kreisschreiben betreffend die bundesrechtswidrige Besteuerung der tessinischen periodischen Emigranten, BBl 1921 IV 857 f. In jenem Fall hatte das Bundesgericht dem Bundesrat mitgeteilt, dass einige Kantone tessinische Emigranten im wiederholten Fall, nachdem vom Bundesgericht in der gleichen Sache zahlreiche Beschwerden gutgeheissen worden waren, bundeswidrig besteuerten (Verstoss gegen das Verbot der Doppelbesteuerung). Die betreffenden Kantone wendeten bewusst verfassungswidriges Recht an in der Hoffnung, die Besteuerten seien rechtsunkundig und beschwerten sich nicht.

Nicht immer ist aber eine derartige Höflichkeit geboten, wie sie im erwähnten Kreisschreiben von 1921 gewahrt wird: "Wir laden Sie ein, dafür zu sorgen, dass Ihre kantonalen und kommunalen Behörden der erwähnten Praxis nachleben ... Wir benutzen auch diesen Anlass, Sie, getreue, liebe Eidgenossen, samt uns dem Machtschutz Gottes zu empfehlen." Vgl. auch von Salis (zit. in Anm. 7 § 10), Bd. III, Nr. 1057.

F. Entstehung und Überbrückung gesetzesleeren Raumes. Hinweise an den Gesetzgeber

Anlässlich der abstrakten Normenkontrolle hebt das Bundesgericht eine Norm auf, wenn es deren Verfassungswidrigkeit feststellt.

Nicht immer fällt aber mit der Aufhebung einer Rechtsvorschrift eine bestehende Rechtsgrundlage weg, da eine Norm auch bereits vor dem Inkrafttreten, aber nach der Volksabstimmung angefochten werden kann. In solchen Fällen kann das Inkrafttreten nach dem bundesgerichtlichen Entscheid bis zur Neuregelung hinausgeschoben werden. Falls eine Norm jedoch bereits in Kraft steht, fällt die Rechtsgrundlage einfach weg.

Gleiches geschieht *faktisch* mit der konkreten Normenkontrolle, da die vom Bundesgericht für verfassungswidrig befundene Norm von den Verwaltungsbehörden und den Gerichten in der Regel auch nicht mehr angewendet wird.

Beide Arten der Normenkontrolle kennen daher die Problematik der Entstehung gesetzesleeren Raumes. Der Wegfall der verfassungswidrigen Norm nach abstrakter Normenkontrolle ist sogar eher noch mit weniger Problemen verbunden als derjenige nach konkreter Normenkontrolle, weil ein im abstrakten Normenkontrollverfahren geprüfter Erlass noch nicht lange in Kraft gestanden ist und daher mit einem neuen verfassungsmässigen Erlass eher noch zugewartet werden kann.

Wenn das Bundesgericht die Verfassungswidrigkeit eines Erlasses feststellt, betont es oftmals, dass es nicht seine Aufgabe sei, die verfassungsmässige Regelung selber zu treffen. Um weiteren Verfassungsverstössen zuvorzukommen, zeigt es in schwierigen Fällen Möglichkeiten verfassungsmässiger Regelungsalternativen auf oder weist auf Kommissionsberichte oder Expertengutachten hin. In BGE 99 Ia 630 ff. erachtete es eine Bestimmung eines kantonalen Gesetzes, das die Altersbeihilfe durch den Kanton ergänzend zu derjenigen des Bundes regelte, auf direkte Anfechtung hin als verfassungswidrig, weil sie für Nichtkantonsbürger längere Karenzfristen als für Kantonsbürger als Voraussetzung für die Ausrichtung von Beiträgen vorsah. Das Gericht fügte der Entscheidung bei, die kantonalen Behörden hätten die gleiche Frist auf Nichtkantonsbürger anzuwenden. Dem Gesetzgeber stehe es frei, diese Frist auf dem Wege der Gesetzesänderung für sämtliche Zuzüger zu verlängern oder eine andere, alle Schweizer gleichstellende Lösung zu finden. Dem von den Beschwerdegegnern befürchteten Zustrom Auswärtiger, die sich von den vorzüglichen Sozialleistungen des Kantons angezogen fühlen könnten, könne auch mit Karenzfristen, die für alle Zuzüger gleich lang sind, begegnet werden¹⁴¹.

Manchmal weist das Bundesgericht den Gesetzgeber an, die Lücke auszufüllen, die durch die Aufhebung einer Gesetzesbestimmung entsteht, in der Meinung, dass es ihm freistehe, "eine vernünftige und einfach zu handhabende Lösung zu treffen"¹⁴².

141 Vgl. auch BGE 101 Ia 193 ff.

142 BGE 94 I 1 ff. Obwohl es sich in diesem Fall nur um eine Bestimmung handelte, welche den Zeitpunkt des Inkrafttretens eines Erlasses festsetzen sollte, wollte das Bundesgericht

Es kommt auch vor, dass das Bundesgericht den Gesetzgeber anweist, tätig zu werden und klare Vorschriften über ein bestimmtes zu regelndes Gebiet aufzustellen. In BGE 99 Ia 444 ff. hatte es die Frage zu prüfen, ob Listenverbindungen, die für die Wahlen in das Gemeindeparlament vereinbart worden sind, auch bei den Kommissionswahlen berücksichtigt werden dürfen. Da es die Beschwerde nur auf Willkür hin prüfen konnte, bejahte es zwar die Verfassungsmässigkeit der gemeinderechtlichen Bestimmung, stellte jedoch in Frage, ob das Vorgehen der Gemeinde auch bei freier Prüfung hätte geschützt werden können. Es sei zuzugeben, dass kleine Parteien, die keine Listenverbindung vereinbart haben, bei der Bestellung der Kommissionen in einem nicht unerheblichen Mass benachteiligt werden könnten, wenn auf jene Stimmen abgestellt werde, die bei der Wahl des Grossen Gemeinderates auf die einzelnen Listengruppen entfallen seien. Mit Recht weise der Regierungsrat die Gemeinde deshalb an, die Vorschrift zu revidieren und klare Vorschriften darüber aufzustellen, ob und gegebenenfalls wie bei der Zusammensetzung der Kommissionen auch Listenverbindungen zu berücksichtigen seien¹⁴³.

Das Bundesgericht betont häufig, dass es Sache des Gesetzgebers sei, zwischen den verschiedenen Möglichkeiten einer verfassungsmässigen Lösung zu wählen. Es weigert sich auch, an einem unbefriedigenden Gesetz die Korrektur selber vorzunehmen. Es beschränkt sich auf Ratschläge. Dies tut es manchmal auch, wenn es eine Beschwerde abweist. In BGE 103 Ia 53 ff. konnte es auf eine Beschwerde in Anwendung von Art. 32 Abs. 3 OG nicht eintreten, weil die Rechtsschrift innert Frist bei der kantonalen Instanz anstatt beim Bundesgericht eingereicht worden war. Es wies auf die unbefriedigende Rechtslage und auf die Rechtsnorm für Verwaltungsgerichtsbeschwerden hin, wonach die Beschwerdefrist auch dann als gewahrt gilt, wenn der Beschwerdeführer fristgerecht an eine unzuständige Behörde gelangt. Das Bundesgericht nahm den betreffenden Fall zum Anlass, seinen Entscheid der Kommission zu übermitteln, die sich mit der Revision des OG beschäftigte. Über eine klare Gesetzesvorschrift könne es sich jedoch nicht hinwegsetzen. Es sei unbefriedigend, dass Gültigkeit und Rechtzeitigkeit der Beschwerde davon abhingen, ob und wie schnell die kantonale Behörde die Eingabe an das Bundesgericht weiterleite¹⁴⁴.

Bei der Behandlung solcher Fälle kommt dem Bundesgericht keineswegs die Stellung eines Gesetzgebers zu. Da solche Handlungsanweisungen und die Hinweise auf gesetzgeberische Möglichkeiten für die kantonale Behörde nicht verbindlich sind, durchbricht die Tätigkeit des Bundesgerichts das Prinzip der Gewaltenteilung nicht, sondern bedeutet einen sinnvollen Weg, um weitere Verfassungsverstösse durch die kantonale Behörde abzuwenden.

Für die kantonale Behörde ist es oft schwer, innert kürzester Zeit eine neue verfassungsmässige Regelung zu treffen. Auch ist sie oft ratlos, wie sie die Sachverhalte,

wegen der kassatorischen Natur des Entscheides das Inkrafttreten des Erlasses nicht selber festsetzen.

143 Vgl. auch BGE 102 Ia 279 ff. (292).

144 Vgl. auch BGE 101 Ia 378 ff.; 101 Ia 443 ff. (450); 102 Ia 104 ff. (119).

die sich nach der bundesgerichtlichen Entscheidung konkretisiert haben, handhaben soll.

Die bundesgerichtliche Entscheidung wird mit der Ausfällung formell rechtskräftig. In jenem Zeitpunkt ist oft erst das Dispositiv bekannt. Die Ausfertigung der begründeten Entscheidung erfolgt erst einige Zeit später. In der Zwischenzeit ist die verfassungswidrige Norm aber bereits nicht mehr anwendbar, ohne dass die kantonale gesetzgebende Behörde die Gründe der Verfassungswidrigkeit genau kennt und bei einer Neuregelung den Erwägungen des Bundesgerichts Rechnung tragen könnte. Mit dem Erlass einer verfassungsmässigen Vorschrift wird daher durch den Kanton meist zugewartet, bis der begründete Entscheid vorliegt.

Deshalb drängt sich die Frage auf, ob die formelle Rechtskraft nicht frühestens mit der Ausfertigung des begründeten Entscheides eintreten sollte, damit sich der rechtsleere Raum nicht unnötigerweise ausdehnt.

Diese Lösung ist bei der konkreten Normenkontrolle deshalb zu verwerfen, weil ein individuell-konkreter Hoheitsakt Anfechtungsobjekt ist und nur dieser allein vom Bundesgericht aufgehoben wird. Ein individuell-konkreter Hoheitsakt soll sogleich mit der Entscheidung aufgehoben werden, da die Gründe der Entscheidung für den Beschwerdeführer von untergeordneter Bedeutung sind.

Aber auch bei der abstrakten Normenkontrolle würde es sich nicht rechtfertigen, den Eintritt der formellen Rechtskraft bis zur Zustellung der Entscheidungsbegründung hinauszuschieben, denn damit würden die Probleme nicht aufgehoben, sondern höchstens vermindert. Denn auch nach dem hinausgeschobenen Eintritt der formellen Rechtskraft würde dann rechtsleerer Raum entstehen. Vielmehr müsste in dieser Hinsicht gefragt werden, ob das Bundesgericht nicht ganz allgemein nach dem österreichischen Vorbild befugt sein sollte, die Aufhebung einer verfassungswidrigen Vorschrift hinauszuschieben¹⁴⁵. Diese Frist müsste über den Zeitpunkt, in dem die begründete Entscheidung zugestellt würde, ausgedehnt werden. Für den Erlass neuer Verordnungsbestimmungen könnte die Frist relativ kurz angesetzt werden. Die Ausarbeitung neuer Gesetzesbestimmungen hingegen bräuchte mehr Zeit, da parlamentarische Beratungen notwendig sind und die Bestimmungen allenfalls auch dem Referendum unterworfen sind. Die Fristbestimmung würde in der Kompetenz des Bundesgerichts liegen. Bei der gegenwärtigen Rechtslage ist es Sache der kantonalen Behörden, ob überhaupt und wie schnell sie tätig werden wollen.

145 Vgl. vorn S. 121 ff.; siehe hiezu auch den Zeitungsartikel von H. Huber (zit. in Anm. 125 hievor). Der Autor fragt sich, "ob das Bundesgericht auf dem Wege der Rechtsfindung auch eine solche Frist noch hätte einschieben können und sollen, um die gegenwärtige fatale Rechts- und Sachlage (keine Bussen mehr bei Nichttragen der Sicherheitsgurten durch Automobilliker) auszuschliessen, obwohl die Frist im schweizerischen Recht nicht ausdrücklich vorgesehen ist. Freilich hätte es für eine solche Rechtsfindung einen besonderen rechtlichen Mut und ein Verlassen des Gewohnten gebraucht." Solche richterliche Freiheit ginge jedoch bei den heutigen Rechtsgrundlagen über den Rahmen der dem Bundesgericht zugewiesenen Kompetenzen hinaus und könnte höchstens auf dem Gesetzesweg eingeführt werden.

Ein Hinausschieben des Zeitpunkts der Aufhebung erscheint wohl auf den ersten Blick als verlockend, weil damit die Rechtssicherheit und die Rechtskontinuität gewährleistet würden und die Entstehung rechtsleeren Raumes vermieden werden könnte.

Diese Lösung wäre jedoch ein Fremdkörper im schweizerischen Recht und aus folgenden Gründen nicht wünschenswert:

Obwohl auch das Prinzip der Rechtssicherheit rechtsstaatlich begründet ist, muss das Prinzip der Legalität, d.h. das Prinzip der Verfassungsmässigkeit von Hoheitsakten, gerade aus Gründen der Rechtsstaatlichkeit gegenüber dem Prinzip der Rechtssicherheit den Vorrang haben. Denn letztlich ist die Einhaltung einer rechtsstaatlichen und demokratischen Verfassung oberstes Gebot. Beim Ansetzen einer Frist für das Ausserkrafttreten verfassungswidriger Gesetzesvorschriften müsste die betreffende Norm in der Zwischenzeit auf alle Fälle ausser auf den Anlassfall angewendet werden. Dies würde zu ungerechten Ergebnissen im Einzelfall führen. Dabei ist es ja gerade der Sinn der staatsrechtlichen Beschwerde, dass jeder einzelne, der in einem Grundrecht verletzt wird, den gegen ihn gerichteten Hoheitsakt anfechten kann und auch Rechtsschutz findet. Es wäre unbefriedigend, wenn ein Hoheitsakt als Folge des staatsrechtlichen Beschwerdeverfahrens wegen der Fristsetzung für das Inkrafttreten für andere denkbare Beschwerdeführer unanfechtbar würde, nachdem der Schwerpunkt der staatsrechtlichen Beschwerde nicht auf der objektiven Normenkontrolle, sondern auf dem Rechtsschutz des einzelnen liegt.

Vielmehr empfiehlt es sich, dass der Kanton, d.h. die zuständige Behörde, von der der verfassungswidrige Erlass ausgegangen ist, bereits vom Zeitpunkt der bundesgerichtlichen Entscheidung an zu handeln beginnt. Damit der gesetzleere Raum möglichst eng gehalten werden kann, soll eine Übergangslösung geschaffen werden, die einerseits verfassungskonform ist und andererseits bereits den in der öffentlichen Urteilsberatung geäusserten Erwägungen Rechnung trägt. Die Übergangslösung könnte dabei ohne weiteres bis zur bundesgerichtlichen Entscheidung zurückwirken.

Dabei ist natürlich denkbar, dass auch die vorübergehende Neuregelung ihrerseits materiell verfassungswidrig ist; diese Gefahr ist jedoch kleiner, da der Kanton zum Teil bereits den Erwägungen des Bundesgerichts Rechnung tragen kann und auch die Beschwerdegründe kennt. Es ist durchaus denkbar, dass die Art und Weise, wie die verfassungswidrige Situation behoben wird, neue Verfassungsbeschwerden provozieren kann.

Im übrigen müsste Gewähr dafür bestehen, dass innert nützlicher Frist eine verfassungsmässige Neuregelung entstünde, die auf dem vom Gesetz vorgesehenen Weg zustande kommt. Das Bundesgericht könnte daher dem kantonalen Gesetzgeber eine Frist setzen, innerhalb welcher die verfassungsmässige Neuregelung zu erlassen wäre. Diese sollte in Anbetracht der schweizerischen Referendumsdemokratie nicht weniger als ein Jahr betragen. Eine solche Fristsetzung wäre natürlich mehr im Sinne eines Hinweises an den Gesetzgeber zu verstehen, sie dürfte nicht zwingenden Charakter haben. Es wäre dann allenfalls Sache des Bundesrates, die Neuregelung

durch den Kanton mittels Bundesaufsicht zu beschleunigen. Natürlich wäre die Wiederherstellung der verfassungsmässigen Lage auf diesem Wege nur in Fällen besonderer Verfassungsverstösse geeignet. Jedenfalls hätte aber die zuständige kantonale Behörde bei einer bundesgerichtlichen Fristsetzung, verbunden mit Hinweisen, Anhaltspunkte für eine gesetzgeberische Neugestaltung in zeitlicher und inhaltlicher Hinsicht. Bei Hinweisen an eine Bundesbehörde ist jedoch Vorsicht geboten, da solche Direktiven dann nicht mehr bundesstaatlich motiviert sind, weil sie ein gesetzgebendes Organ auf gleicher Stufe betreffen.

Eine andere Lösung müsste in der Regel bei Erlassen getroffen werden, die wegen formeller Verfassungswidrigkeit aufgehoben oder in ihrer Anwendbarkeit suspendiert werden können, materiell jedoch verfassungsmässig sind. Denn eine Übergangsregelung würde den gleichen Inhalt haben wie die als verfassungswidrig erkannte Norm. Diese könnte daher vom bundesgerichtlichen Urteil bis zu einer Neuregelung durch das zuständige Organ ebensogut von Gesetzes wegen in Kraft bleiben und in der Übergangszeit wegen formeller Verfassungswidrigkeit unanfechtbar sein. Auch später könnte sie dann mit dem gleichen Inhalt von der zuständigen Behörde erlassen werden. Diese Lösung ist insbesondere dann wünschenswert, wenn durch den Wegfall der formell verfassungswidrigen Norm rechtsleerer Raum entstünde, der zu einer unbefriedigenden Rechtslage führen könnte¹⁴⁶.

Auch für anlässlich der konkreten Normenkontrolle für formell verfassungswidrig erkannte Erlasse wäre eine gesetzliche Grundlage für die weitere Anwendbarkeit des Erlasses nach dem bundesgerichtlichen Urteil erforderlich, sonst könnte jeder auf der betreffenden formell verfassungswidrigen Norm ergangene Hoheitsakt in der Zwischenzeit angefochten und aufgehoben werden.

Abschliessend kann gesagt werden, dass die hier in Betracht gezogene Lösungsmöglichkeit nur einen Weg von vielen zur Überbrückung rechtsleeren Raumes und zur Gewährleistung der Rechtssicherheit aufzeigt. Keine Lösung wird ideal sein, denn die Postulate des Rechtsstaates geraten nach normverwerfenden verfassungsgerichtlichen Entscheidungen meist miteinander in Konflikt. Falls aber eine ausdrückliche Regelung der Rechtswirkungen verfassungsgerichtlicher Entscheidungen in dieser Hinsicht wünschenswert wäre, so müsste sie insbesondere einen Ausgleich zwischen der Einzelfallgerechtigkeit und der Rechtssicherheit anstreben.

Letztlich liegt es immer bei der für die Neuregelung zuständigen rechtsetzenden Behörde, wie sie nach dem bundesgerichtlichen Urteil die unbefriedigende Rechts-

146 Dass auch die zwischenzeitliche Anwendbarkeit eines formell verfassungswidrigen Erlasses manchmal wünschenswert wäre, hat sich insbesondere nach dem Entscheid BGE 103 IV 192 ff. über das Tragen von Sicherheitsgurten gezeigt. Als nach der konkreten Normenkontrolle durch das Bundesgericht das Gurtenobligatorium für Automobilisten in faktischer Hinsicht ausser Kraft trat und deshalb bei Nichtbefolgen der Vorschrift keine Bussen mehr ausgesprochen wurden, trugen immer weniger Automobilisten Sicherheitsgurten, worauf nach kurzer Zeit statistisch erwiesen war, dass es mehr Verkehrsverletzte und -tote gab. Die Vorschrift war inhaltlich nicht verfassungswidrig und wird daher von der zuständigen Behörde mit dem gleichen Inhalt auch wieder erlassen werden.

lage am besten überbrücken will. Dass ihr dabei ein grosser Ermessensspielraum zusteht, kann auch von Vorteil sein.

Beim gegenwärtigen Umfang der schweizerischen Verfassungsgerichtsbarkeit ist es daher nicht unbedingt als Nachteil anzusehen, dass die bestehenden Rechtsgrundlagen in dieser Hinsicht als dürftig erscheinen.

G. Vorschläge zur Aufnahme von Bestimmungen ins OG über die Rechtswirkungen bundesgerichtlicher Normenkontrollentscheidungen

- Entscheidungen der öffentlich-rechtlichen Abteilungen des Bundesgerichts werden mit der Ausfällung formell und materiell rechtskräftig.
- Heisst das Bundesgericht eine Beschwerde gut, so hebt es den angefochtenen Hoheitsakt auf.
- Urteile im staatsrechtlichen Beschwerdeverfahren haben grundsätzlich nur kassatorische Wirkung.

Ausnahmsweise weicht das Bundesgericht vom Grundsatz der kassatorischen Wirkung ab, wenn die verfassungsmässige Rechtslage durch die blosser Aufhebung des verfassungswidrigen Aktes nicht wiederhergestellt werden kann.

- Die kantonale Instanz, an die eine Sache zurückgewiesen wird, hat ihrer Entscheidung die rechtliche Beurteilung des Bundesgerichts, mit der die Zurückweisung begründet wird, zugrunde zu legen.
- Hält das Bundesgericht eine generelle Norm für verfassungswidrig, so hebt es diese auf. Es kann die Vorschrift auch nur teilweise oder sinngemäss aufheben.
- Die Aufhebung einer direkt angefochtenen Norm wirkt rückwirkend auf den Zeitpunkt des Inkrafttretens. Normen, die noch nicht in Kraft stehen, treten gar nicht in Kraft.

Die Aufhebung einer indirekt angefochtenen Norm wirkt erst auf den Zeitpunkt der Ausfällung der Entscheidung.

- Auf Sachverhalte, die sich vor Ausfällung der bundesgerichtlichen Entscheidung konkretisiert haben, ist die vom Bundesgericht für verfassungswidrig erklärte Norm noch anzuwenden. Wenn der Anwendungsakt nicht ebenfalls innert Frist mit staatsrechtlicher Beschwerde angefochten wurde, so wird er rechtskräftig und vollstreckbar.
- Der Entscheid ist von der zuständigen Behörde im Gesetzesblatt, in welchem die verfassungswidrige Norm publiziert wurde, zu veröffentlichen.
- Das Bundesgericht kann der zuständigen Behörde im Sinne einer Empfehlung eine angemessene Frist für den Erlass einer verfassungsmässigen Neuregelung setzen.

Es macht, wenn es dies für sinnvoll erachtet, der gesetzgebenden Behörde Vorschläge für eine Neuregelung.

Das Bundesgericht setzt den Bundesrat wenn nötig von seiner Entscheidung in Kenntnis.

Der Bundesrat sorgt im Rahmen seiner allgemeinen Aufsichtspflicht dafür, dass die zuständige kantonale Behörde innert nützlicher Frist für eine Neuregelung besorgt ist.

- Nach Ausfällung der bundesgerichtlichen Entscheidung, durch die eine Norm aufgehoben wird, hat die zuständige Behörde nötigenfalls für eine Übergangsregelung zu sorgen. Die Regelung kann auf den Zeitpunkt der Ausfällung der Entscheidung zurückwirken.

Bei der Aufhebung formell verfassungswidriger Erlasse kann die zuständige Behörde ermächtigt werden, die gleiche Norm als Übergangsregelung in Kraft zu lassen.

Zusammenfassung 4. Teil

Verfassungswidriges Recht ist nicht a priori nichtiges Recht, wenn es nicht mit schweren und offenkundigen Mängeln behaftet ist. Die Geltung verfassungswidrigen Rechts wird bis zu dessen Aufhebung vermutet. Der Grund dafür liegt im Wesen des Rechts selbst. Die Aufgabe, die Gültigkeit verfassungswidrigen Rechts zu widerlegen, kommt in erster Linie dem Verfassungsrichter zu. Verfassungsgerichtliche Entscheidungen haben daher alle konstitutive Wirkung, soweit sie die Aufhebung einer Norm zur Folge haben.

Die verfassungsrichterliche Feststellung der Verfassungswidrigkeit einer Norm hat aber nicht notwendigerweise deren Nichtigkeit zur Folge. Insbesondere wenn die Norm nur Prüfungs- und nicht auch Anfechtungsobjekt ist und das Normenkontrollverfahren nicht verselbständigt ist, scheint es geboten, anstatt der generellen Norm selbst nur den angefochtenen individuell-konkreten Hoheitsakt, der aufgrund der verfassungswidrigen Norm ergangen ist, aufzuheben. Bei der staatsrechtlichen Beschwerde in der Schweiz wird daher die verfassungswidrige Norm durch das Bundesgericht nicht aufgehoben, wenn die Beschwerde nur indirekt die Anfechtung einer Norm zum Gegenstand hat. Die als verfassungswidrig erkannte Norm ist dann in der Regel faktisch nicht mehr anwendbar. Die Rechtsanwendungsbehörden sehen meist von der Anwendung der verfassungswidrigen Norm ab, wodurch Rechtsunsicherheit entsteht. Die Rechtslage ist ähnlich wie bei der Aufhebung einer direkt angefochtenen generellen Norm durch das Bundesgericht selbst. In dieser Hinsicht ist bei der konkreten Normenkontrolle eine Neuregelung des rechtlichen Schicksals der als verfassungswidrig erkannten Norm im Sinne einer Gleichbehandlung der Rechtsfolgen von abstrakter und konkreter Normenkontrolle anzustreben, wenn die Norm durch Auslegung nicht mehr auf den Boden der Verfassungsmässigkeit zurückgeführt werden kann.

Praktische und nicht rechtstheoretische Überlegungen bestimmen die Rechtsfolgen von Normenkontrollentscheidungen. Sie beinhalten eine Abwägung von Werten. Rechtssicherheit und Gerechtigkeit stehen dabei im Vordergrund. Es ist schwierig, mit dem verfassungsgerichtlichen Urteil eine für alle Rechtslagen befriedigende Lösung zu finden.

Nicht immer wird aber auch die verfassungswidrige Rechtslage durch die Aufhebung einer Norm beseitigt. Auch kann die Beseitigung einer verfassungswidrigen Norm in hohem Masse unerwünschte Rechtsfolgen nach sich ziehen, so dass eine Aufhebung der Norm schlimmere Folgen zeitigt als die Aufrechterhaltung einer verfassungswidrigen, aber klaren Rechtsgrundlage.

Das schweizerische Bundesgericht behilft sich in solchen Fällen bei der direkten Anfechtung einer generellen Norm mit der blossen Feststellung der Verfassungswidrigkeit oder mit der teilweisen oder sinngemässen Aufhebung der Norm. Bei der konkreten Normenkontrolle ist es dieser Probleme enthoben, da eine Aufhebung durch das Bundesgericht selbst ausser Frage steht. Das deutsche Bundesverfassungsgericht weicht mit der Unvereinbarerklärung und der "Appellentscheidung" manchmal vom Grundsatz der Nichtigerklärung ab und hat damit unbewusst eine Angleichung an das schweizerische und das österreichische System vorgenommen und sich bei der Abweichung von der Nichtigerklärung eine flexiblere Handhabung der Rechtswirkungen bei der Überprüfung verfassungswidriger Rechtsnormen gesichert. Über die Anwendbarkeit einer als mit dem Grundgesetz unvereinbar erklärten Norm gehen die Meinungen auseinander. Es kommt dabei auf die Art der verfassungswidrigen Norm an, auf den Rechtsbereich, den sie regelt. Die Unvereinbarerklärung gewährleistet die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers und schützt eine im übrigen verfassungsmässige Regelung; bis zu einem gewissen Grad vermeidet sie auch rechtsleeren Raum. Das Bundesverfassungsgericht geniesst durch die Einführung der Unvereinbarerklärung grosses richterliches Ermessen. Dafür kann es aber der Natur des einzelnen verfassungswidrigen Erlasses gerechter werden. Die "Appellentscheidung" bezieht sich meist auf die Überprüfung von Rechtsnormen, die sich an der Grenze der Verfassungsmässigkeit bewegen, nach Meinung des Bundesverfassungsgerichts aber "noch verfassungsmässig" sind. Die Motive der "Appellentscheidung" sind weitgehend die gleichen wie diejenigen der Unvereinbarerklärung: Die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers und die Vermeidung rechtsleeren Raumes stehen im Vordergrund. Die Haltung des Bundesverfassungsgerichts ist oft kritisiert worden mit der Begründung, der Richter nehme sich bei der Ausgestaltung der Rechtsfolgen von Normenkontrollentscheidungen eine Freiheit heraus, die über den Rahmen der ihm zugewiesenen verfassungsrichterlichen Kompetenzen hinausgehe. In Österreich erscheint der Verfassungsgerichtshof aufgrund der verfassungsgesetzlichen Regelung nach der Überprüfung einer verfassungswidrigen Rechtsnorm so frei in der Wiederherstellung der verfassungsmässigen Rechtslage, dass ihn der Österreicher gar als negativen Gesetzgeber bezeichnet. Der Richter kann für das Ausserkrafttreten der verfassungswidrigen Norm eine Frist

setzen. Er kann auch bestimmen, dass das alte Recht, das durch die verfassungswidrige Norm ausser Kraft gesetzt wurde, wieder auflebe.

Diese Überlegungen führen zum Kernproblem der Rechtswirkungen normverwerfender verfassungsgerichtlicher Entscheidungen über, zur Frage nach dem Zeitpunkt der Aufhebung verfassungswidriger Rechtsnormen. Diese Frage kann denn auch nicht streng von der Grundentscheidung über das rechtliche Schicksal verfassungswidriger Normen getrennt werden. Insbesondere wird die Wahl der Rechtsfolgen von Normenkontrollentscheidungen auch immer von zeitlichen Überlegungen geleitet werden. Auch die zeitliche Festlegung der Rechtsfolgen von Normenkontrollentscheidungen geschieht weitgehend nach praktischen und nicht nach rechtstheoretischen Überlegungen. Weil verfassungswidriges Recht nicht eo ipso nichtiges Recht ist, sind die zeitlichen Wirkungen des Urteils von der Bedeutung der Entscheidung auf die Natur der als verfassungswidrig erkannten Norm streng zu trennen. Die Ex-tunc-Wirkung normverwerfender Entscheidungen drängt sich daher nicht von selbst auf. Vielmehr steht es dem Gesetzgeber frei, verfassungsgerichtliche Urteile mit Wirkung ex tunc, ex nunc oder pro futuro auszustatten. Falls sich die Rechtsordnung über den Zeitpunkt der Aufhebung ausschweigt, wirkt die Entscheidung ex nunc, weil die Geltung verfassungswidrigen Rechts bis zu dessen Aufhebung vermutet wird. Gleichwohl müsste der Zeitpunkt der Aufhebungswirkung stets ausdrücklich geregelt sein. Eine solche ausdrückliche Regelung lässt insbesondere die Schweiz vermissen. Auch in der Bundesrepublik Deutschland dürfte aber der Zeitpunkt der Rechtswirkungen verfassungsgerichtlicher Entscheidungen nicht erst bei den Folgen der Nichtigerklärung, wie sie in § 79 BVerfGG geregelt sind, erwähnt werden.

Die drei Länder haben hinsichtlich der Sanktionen bei der Erkenntnis verfassungswidriger Rechtsnormen ganz verschiedene Lösungen getroffen.

In der Schweiz wirkt die Aufhebung verfassungswidriger Rechtsnormen nach abstrakter Normenkontrolle je nach der Natur verfassungswidrigen Rechts, insbesondere nach dem Kriterium, ob es sich um bundesrechtswidriges kantonales Recht handelt oder nicht, ex nunc oder ex tunc. Eine einheitliche und ausdrückliche positiv-rechtliche Regelung wäre anzustreben. Wegen der kurzen Anfechtungsfrist von 30 Tagen und im Hinblick darauf, dass es sich um die Überprüfung neu gesetzter Erlasse handelt, rechtfertigt sich bei der abstrakten Normenkontrolle eine generelle Rückwirkung der Aufhebung auf den Zeitpunkt des Inkrafttretens der Norm. Weniger problematisch sind die Entscheidungen, welche eine Norm zum Prüfungsobjekt haben, die nach der Publikation oder nach einer Volksabstimmung, aber noch vor dem Inkrafttreten angefochten wurde. Durch die gerichtliche Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde kann verhindert werden, dass die Norm jemals in Kraft tritt, wenn dies im öffentlichen Interesse liegt. Durch die Begrenzung der Anfechtungsfrist für generelle Erlasse auf 30 Tage reichen die Rechtsfolgen bei der Aufhebung genereller Erlasse weniger weit als in den anderen beiden Ländern. Gleichwohl stellen sich aber auch in der schweizerischen Verfassungsgerichtsbarkeit die grössten Probleme durch die Entstehung rechtsleeren

Raumes zwischen der Anhängigmachung der Beschwerde und dem Erlass der Neuregelung durch den Gesetzgeber. Das gleiche gilt aber auch für die konkrete Normenkontrolle. Durch die als verfassungswidrig erkannte, aber nicht aufgehobene Norm wird die Rechtssicherheit in hohem Masse gefährdet. Rein rechtlich stellt sich bei der konkreten Normenkontrolle das Problem der Überbrückung rechtsleeren Raumes überhaupt nicht, da die Norm bestehenbleibt. Faktisch entsteht jedoch meist ebenfalls eine Rechtslücke, deren Behebung den Kantonen überlassen ist. Bei einer Neuregelung in dem Sinne, dass das Bundesgericht auch anlässlich der konkreten Normenkontrolle für verfassungswidrig erkannte Rechtsnormen aufheben könnte, müsste eine solche Aufhebung ex nunc wirken. Denn zahlreiche anlässlich der konkreten Normenkontrolle als verfassungswidrig erkannte Rechtsnormen sind bereits jahrelang in Kraft. Sowohl nach konkreter wie nach abstrakter Normenkontrolle sollte die zuständige Behörde ermächtigt sein, nötigenfalls eine Übergangsregelung zu treffen, damit eine klare Rechtslage bestünde und die Entstehung rechtsleeren Raumes vermieden werden könnte. Soweit dies ohne weiteres möglich ist, sind Hinweise des Bundesgerichtes an den Gesetzgeber über die neue verfassungskonforme Regelung erwünscht. Gleichzeitig sollte das Bundesgericht dieser Behörde im Sinne einer Empfehlung eine Frist für den Erlass einer Neuregelung setzen. Der Bundesrat müsste daher durch das Bundesgericht vom Verfassungsverstoss Kenntnis erhalten, damit er den Erlass einer verfassungsmässigen Regelung gegenüber den Kantonen wenn nötig mittels Bundesaufsicht durchsetzen könnte. Weil heute gar keine Regelung vorhanden ist, bleibt die Wiederherstellung des verfassungsmässigen Zustandes ganz den zuständigen gesetzgebenden und rechtsanwendenden Behörden überlassen. Diese Lösung hat zwar den Vorteil, dass die der konkreten Rechtslage angemessensten Massnahmen getroffen werden können. Sie trägt aber die Nachteile der Rechtsunsicherheit und des mangelnden Verfassungsschutzes in sich.

In Deutschland wirkt die Nichtigerklärung einer Norm grundsätzlich ex tunc. Dabei gelten die Einschränkungen gemäss § 79 BVerfGG. Diese ursprünglich konsequent durchgeführte Regelung hat auch in zeitlicher Hinsicht zu Problemen geführt. Diese waren mithin ein Grund für die Einführung der Unvereinbarerklärung und der "Appellentscheidung". Die Nichtigerklärung brachte oft schwere, nicht leicht wiedergutzumachende Nachteile mit sich. Mit der Unvereinbarerklärung und der "Appellentscheidung" setzt das Bundesgericht dem Gesetzgeber jeweiligen Fristen für eine Neuregelung, damit Gewähr besteht, dass in Bälde eine verfassungsmässige Regelung geschaffen wird. Das Bundesverfassungsgericht bestimmt die Frist für den Gesetzgeber nach der Zeit, die für die Vorbereitung und Verabschiedung eines neuen Gesetzes als angemessen erscheint. Eine solche Fristansetzung ist von Gesetzes wegen nicht vorgesehen und in der Regel auch nicht durchsetzbar. Bei der "Appellentscheidung" erscheint die Fristsetzung für den Gesetzgeber als willkommenes Mittel zur Gewährleistung einer kontinuierlichen Rechtsentwicklung und zur Vermeidung rechtsleeren Raumes. Die "Appellentscheidung" enthält aber auch

materielle Hinweise an den Gesetzgeber. Gleiches ist in Österreich nicht möglich. Die deutsche Regelung ist in diesem Punkt vorteilhafter.

Der österreichische Verfassungsrichter hat von Gesetzes wegen die umfassendsten Kompetenzen zur Vermeidung rechtsleeren Raumes. Er kann das Ausserkrafttreten verfassungswidriger Erlasse bei Gesetzen bis zu einem Jahr und bei Verordnungen bis zu sechs Monaten hinausschieben. Die betreffende Norm ist ausser für den Anlassfall bis zum Wirksamwerden der Aufhebung weiterhin anwendbar. Der österreichische Gesetzgeber hat damit eine wirksame und konsequente Lösung zur Vermeidung rechtsleeren Raumes geschaffen, die zwar nicht immer der Einzelfallgerechtigkeit, wohl aber der Rechtssicherheit dient. Dadurch, dass der Verfassungsrichter den Zeitpunkt des Ausserkrafttretens der verfassungswidrigen Rechtsnorm bloss hinausschieben kann, aber nicht muss, kann er bei schweren Verfassungsverstössen, die verfassungsmässig gewährleistete Grundrechte verletzen, die Norm auch sogleich mit der Kundmachung ausser Kraft setzen. In diesem Fall hat er aber keine Möglichkeit, dem Gesetzgeber eine Frist für den Erlass einer Neuregelung zu setzen. Er kann aber auch nicht rechtsleeren Raum vermeiden, wenn der Gesetzgeber die ihm gesetzte Frist unbenutzt verstreichen lässt, nachdem der Richter das Ausserkrafttreten einer verfassungswidrigen Norm hinausgeschoben hat. Die für verfassungswidrig erkannte Norm müsste dann auf den vorgesehenen Zeitpunkt gleichwohl ausser Kraft treten.

Die vorstehenden Überlegungen zeigen, dass es keine Lösung gibt, die einen vollendeten Verfassungsschutz und eine lückenlose Rechtsgrundlage, Gerechtigkeit und Rechtssicherheit zugleich vermittelt. Es gibt verschiedene Arten von Verfassungsverstössen, die alle auf eine andere Weise beseitigt werden müssen. Mit der blossen Aufhebung oder Nichtigerklärung hat das Verfassungsgericht wohl in der Regel die ihm von Gesetzes wegen zugewiesene Aufgabe erfüllt, damit ist aber oft ein befriedigender Rechtszustand noch nicht erreicht. Der Verfassungsrichter hat nur eine negative, abwehrende Kontrolle darüber, ob sich die Verfassungsorgane in den vom Verfassungsgesetzgeber gesetzten Schranken bewegen. Er ist in erster Linie Streitschlichter. Das Verfassungsgericht ist Kontrollorgan, es fehlt ihm die Befugnis zur freien Setzung und Gestaltung objektiven Rechts. Aus dem Prinzip der Gewaltentrennung und der Funktion der Rechtsprechung ergibt sich, dass der Verfassungsrichter nur kassatorisch und nicht reformatorisch tätig werden darf. An diese Regel hat er sich auch bei der Aufhebung genereller Rechtsnormen zu halten. Auch kann er den Gesetzgeber bei der Neuregelung nicht überwachen. Vielfach bedarf es nach der normverwerfenden verfassungsgerichtlichen Entscheidung weiterer Schritte, die nicht der Richter, sondern der Gesetzgeber tun muss. Eine wirksame und befriedigende Verfassungsgerichtsbarkeit kann daher nur durch das Zusammenwirken von Richter und Gesetzgeber erreicht werden. Ob ein Zusammenwirken möglich ist, hängt vom Willen des Gesetzgebers und nicht zuletzt vom Ansehen und der Zurückhaltung des Verfassungsrichters, von seinem Bemühen um eine sachliche, dem Recht unterworfenene Rechtsprechung ab.

LEBENS LAUF

Geboren am 20. November 1949 in Zürich. Besuch der Primarschule und des Gymnasiums in Zürich. Herbst 1968 Matura Typus B. Immatrikulation an der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich im Frühjahr 1969. Absolvierung eines Semesters an der Universität Lausanne. Lizentiat im Mai 1973. Anschliessend zwei Jahre Assistentin am Institut für Völkerrecht und Ausländisches Verfassungsrecht bei Prof. U. Häfelin. Im darauffolgenden Jahr Arbeit an der Dissertation. Von Oktober 1976 bis Februar 1978 Auditorin bzw. ao. Gerichtsssekretärin am Bezirksgericht Meilen. Seit März 1978 ao. Gerichtsssekretärin am Obergericht des Kantons Zürich.

